

La délégation d'activités étatiques au secteur privé

Édité par

Anne-Christine Favre, Vincent Martenet
et Étienne Poltier

La délégation d'activités étatiques au secteur privé

Édité par

Anne-Christine Favre, Vincent Martenet
et Étienne Poltier

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2016

Citation suggérée de l'ouvrage : FAVRE/MARTENET/POLTIER (éd.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, collection « Pratique du droit administratif », Genève/Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes.

ISBN 978-3-7255-8578-6

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

	Avant-propos	7
SANDRINE BAUME	La délégation : sa rationalité, ses risques et leurs remèdes	9
MARTIAL PASQUIER	Les critères managériaux de la délégation de services publics	23
FRANÇOIS BELLANGER	Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques	43
MARC-OLIVIER BESSE	L'investiture du délégataire	67
VINCENT MARTENET	Le délégataire d'une tâche étatique face aux droits fondamentaux	123
ANNE-CHRISTINE FAVRE	La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel »	145
ETIENNE POLTIER	Délégation d'activités économiques de l'Etat	193
MANON JOSEPH	La délégation d'activités étatiques : l'exemple de la planification hospitalière	241
JEAN-BERNARD AUBY	Quelques considérations comparatives autour du droit suisse de la délégation d'activités étatiques	285

La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel »

ANNE-CHRISTINE FAVRE *

Professeure à l'Université de Lausanne

I. Introduction

A. Perspectives du thème

La délégation de tâches par l'administration à des privés (*administrative Beleihung, Auslagerung*) peut concerner désormais des domaines très variés, pour certains difficilement imaginables il y a encore quelques années. Que l'on pense, pour s'en convaincre, à la délégation de tâches de police telles que la compétence de prononcer des amendes d'ordre¹, de convoier des détenus² ou la compétence d'accorder un permis d'habiter à

* L'auteure tient à remercier M^{me} SARAH VITTOZ, assistante-diplômée de l'Université de Lausanne, pour les recherches et relectures qu'elle a entreprises dans le cadre de la rédaction de la présente contribution, ainsi que M. ANDREA FRATTOLILLO, assistant-étudiant, pour ses relectures.

1 Voir notamment l'art. 3 du Règlement de police locale de la Ville de Bienne du 21 novembre 2012 (RDCo 552.1): « Le Conseil municipal peut déléguer à des tiers l'accomplissement de tâches dans le domaine de la surveillance du respect de la législation concernant les véhicules à l'arrêt, y compris la délivrance des amendes d'ordre y relatives ».

Au niveau fédéral, les Chemins de fer fédéraux (CFF) ont délégué les tâches de surveillance et de maintien de la sécurité dans les trains à la société Securitrans Public Transport Security SA, ce qui a impliqué la reprise par cette société de 125 collaborateurs de la police ferroviaire des CFF.

2 Voir à ce sujet les débats suscités par la récente décision du Conseiller d'Etat genevois en charge de la police de privatiser entièrement le convoyage des détenus non dangereux (<http://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/convoyage-detenus-prives/story/20508279> [consulté le 1^{er} septembre 2015]). Le procédé était jusqu'alors mis en œuvre par des contrats de courte durée (<http://www.cdc-ge.ch/Htdocs/Files/v/6234.pdf/ArchivesCEPP/Domainesdevaluation/Formation/Formationdelapolice/cepprapformationpoliceprint0.pdf?download=1> [consulté le 1^{er} septembre 2015]).

des mandataires professionnels³; aux activités de surveillance (contrôle des installations techniques⁴, de la navigation aérienne⁵, surveillance du marché agricole⁶); ou aux tâches de prestations et de gestion de l'Etat notamment dans les domaines de l'assurance-maladie⁷, de la prévention des accidents⁸, de l'hébergement des requérants d'asile⁹, de certifications

³ La loi genevoise sur les constructions et installations diverses du 14 avril 1988 (LCI – RS/GE L5 05) a supprimé l'octroi d'un permis d'habiter par le département pour les constructions et installations qui ne sont pas ouvertes à un large public; cette loi prévoit désormais une attestation de conformité délivrée par un mandataire professionnellement qualifié, qui certifie que les constructions ou installations sont conformes à l'autorisation de construire, aux conditions de celle-ci, ainsi qu'aux lois et règlements applicables au moment de l'entrée en force de l'autorisation de construire. (art. 7, al. 1 et 2, LCI).

⁴ Voir notamment l'art. 21, ch. 2 de la loi fédérale sur les installations électriques du 24 juin 1902 (LIE – RS 734.0), qui délègue le contrôle de l'exécution des prescriptions visant à prévenir les dangers et dommages causés par les installations à fort et à faible courant autres que celles des voies de chemins de fer à une inspection spéciale désignée par le Conseil fédéral; il s'agit en substance d'un service spécial de l'Association suisse des électriciens (ASE), dont les tâches sont fixées dans l'ordonnance fédérale sur l'Inspection fédérale des installations à courant fort du 7 décembre 1992 (RS 734.24).

Dans un autre domaine, le Touring Club Suisse (TCS) s'est vu déléguer la compétence de procéder au contrôle officiel des véhicules à Gamsen et Sion.

⁵ Voir l'art. 40a de la loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (LA – RS 748.0), qui prévoit la délégation des services de navigation aérienne, en tout ou partie, à une société anonyme ne devant pas poursuivre de but lucratif; il doit s'agir une société d'économie mixte, dont la majorité du capital et des droits de vote doivent être détenus par la Confédération, et dont les statuts doivent avoir été approuvés par le Conseil fédéral. Cette société porte le nom de Skyguide (Société anonyme suisse pour les services de la navigation aérienne civile et militaire, *Swiss Air Navigation Services*), et se trouve détenue à une *ratio* proche de 100 % par la Confédération.

⁶ Voir l'art. 51 de la loi fédérale sur l'agriculture du 29 avril 1998 (LAgr – RS 910.1), ainsi que l'art. 8 de la loi vaudoise sur l'agriculture du 7 septembre 2010 (LVLAgr – RS/VD 910.03) ou l'art. 13 de la loi valaisanne sur l'agriculture et le développement rural du 8 février 2007 (loi sur l'agriculture, LcADR – RS/VS 910.1).

⁷ Voir les art. 11 et 12 LAMal, qui délèguent aux caisses-maladie, soit à des personnes morales de droit public ou privé sans but lucratif, le soin d'assurer les prestations liées à l'assurance obligatoire des soins.

⁸ Cf. *infra* II, A, 2, b.

⁹ Art. 26 al. 2ter de la loi fédérale sur l'asile du 25 juin 1998 (LAsi – RS 142.31). La gestion des centres d'enregistrement (CEP) et de procédure de la Confédération a été confiée à ORS Service AG, qui s'occupe de l'encadrement des requérants d'asile et des réfugiés.

diverses¹⁰, de la protection de l'environnement¹¹. L'enseignement pose des questions spécifiques qui seront examinées plus loin. On notera que la délégation de tâches étatiques à des personnes privées peut également intervenir dans le cadre de corporations de droit public¹².

Au-delà de l'intérêt ou de l'opportunité, pour la collectivité, du processus d'externalisation d'une tâche, il s'agit de s'interpeller sur la constitutionnalité et sur les modalités dans lesquelles peuvent intervenir de telles délégations, lorsqu'elles ne concernent pas des activités économiques, mais des tâches qui impliquent, le plus souvent, l'octroi de prérogatives de la puissance publique et que nous évoquerons parfois ici sous le terme « d'activités ministérielles ».

L'enjeu de la question est essentiellement celui de mettre en perspective les conditions générales qui assortissent de telles délégations, cela alors que la législation laisse une très grande souplesse à l'administration pour s'organiser. Il s'agit aussi, en définitive, de déterminer les caractéristiques des actes de délégation qui ne nécessiteraient en principe pas de mise en concurrence, cette identification pouvant cependant laisser d'inévitables zones de flou lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'il

10 ATF 138/2012 II 134, *Cremo SA Fribourg*, concernant l'Organisme intercantonal de certification (OIC) et ses compétences décisionnelles.

11 Voir notamment l'art. 34 de la loi vaudoise sur la protection de la nature, des monuments et des sites du 10 décembre 1969 (LPNMS – RSVD 450.11), qui prévoit une délégation de compétence notamment en faveur de personnes physiques ou morales poursuivant les buts définis par la loi et auxquelles l'Etat peut accorder des subventions pour couvrir les frais découlant de cette tâche. Des organisations de défense des intérêts de l'environnement peuvent ainsi être désignées pour procéder à des mesures de protection ou contrôler l'exécution de prestations en faveur de la protection de la nature (pour exemple, voir la décision concernant la protection du marais des rigoles à Vionnaz du 11 septembre 1991, RS/VS 451.323, qui prévoit que deux organisations privées sont invitées à élaborer un plan d'aménagement et de gestion du site et à assurer la surveillance régulière de celui-ci).

12 Voir ATF 116/1990 Ia 461, en la cause X. contre un syndicat d'améliorations foncières, corporation publique, prévue par la législation sur les améliorations foncières (dans le Canton de Vaud, voir les art. 20 ss de la loi sur les améliorations foncières du 29 novembre 1961, RS/VD 913.11); un tel organisme est tenu d'indemniser les propriétaires pour les dégâts importants causés aux fonds, récoltes ou cultures par l'exécution de travaux, le montant de l'indemnité étant fixé par la Commission de classification. Ce faisant, le syndicat assume une tâche de droit public.

convient de qualifier « d'activité économique »¹³. La question est en effet nettement moins encadrée qu'en droit européen¹⁴ ou dans la législation de pays voisins comme la France, qui distingue la délégation d'un service public (laquelle nécessite une mise au concours)¹⁵ de la possibilité pour l'administration de confier un service public à un privé, sans passer par un contrat de délégation de service public, à des conditions restrictives¹⁶.

Le fait qu'un sujet privé (personne morale ou physique) se voie attribuer une tâche publique engage un rapport triangulaire impliquant l'Etat – auquel il est lié par un rapport de surveillance – et les administrés, qui entreront en relation directe avec le délégataire pour l'exécution des prestations liées à la mission déléguée.

13 L'enjeu de cette distinction est en particulier celui de savoir si la forme de la délégation doit revêtir celle de la concession, avec à la clé, la problématique des règles de mise au concours auxquelles le droit suisse ne soumet pas l'acte de délégation non soumis à concession ; sur ces questions, voir la contribution de POLTIER, dans le présent ouvrage.

14 Voir sur ce point la contribution de POLTIER, dans le présent ouvrage.

15 Selon l'art. L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales, « une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes. »

16 Voir notamment l'arrêt du Conseil d'Etat français (CE sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 284736), qui tente de clarifier ces questions, en précisant que le transfert d'un service public à une entité privée sans passer par une délégation de service public est exceptionnellement possible si « *eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel (les collectivités publiques) s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* ». Cette tentative de précision ne résoud cependant pas les problèmes de qualification qui subsistent quant à la définition de ce qu'il convient d'entendre par « opérateur économique évoluant sur un marché concurrentiel. »

Cette forme de *collaboration*¹⁷ des privés avec l'Etat entraîne les conséquences suivantes :

- La collectivité reste responsable de l'exécution de la tâche, ce qui va se manifester dans le régime de la surveillance. Celui-ci sera d'autant plus strict que l'activité déléguée relève de la sphère de la puissance publique.
- Le délégataire a l'obligation d'exécuter sa tâche, en vue d'assurer la réalisation des objectifs prévus par la loi.
- Les tiers qui entrent en relation avec le délégataire bénéficient des mêmes droits que ceux qu'ils auraient contre la collectivité publique, notamment les droits fondamentaux^{18, 19} ; peut néanmoins subsister dans ce cas de figure une relation subsidiaire avec l'Etat, par son autorité de surveillance²⁰.

B. Notions et délimitations

1. Notions

Nous nous pencherons plus particulièrement sur la délégation de tâches non économiques, dans la présente contribution, soit sur les tâches que nous appellerons parfois *ministérielles*, en référence à la terminologie utilisée par le Tribunal fédéral pour qualifier l'activité des notaires, lorsqu'ils exécutent une tâche relevant de la puissance publique²¹.

¹⁷ Dans ce sens, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) N^{os} 1252 et 1509 ss.

¹⁸ KNAPP (1983) p. 450.

¹⁹ Voir les contributions de BELLANGER et de MARTENET dans le présent ouvrage.

²⁰ Pour un exemple, voir ATF 133/2007 I 49, X. c. *Fareas*, c. 3.2: le recourant s'en prend au règlement de maison établi par une fondation délégataire de la tâche d'hébergement des requérants d'asile; selon le Tribunal fédéral, les actes matériels fondés sur ce règlement doivent respecter les droits fondamentaux et pouvoir, le cas échéant, être soumis à l'autorité de surveillance de l'Etat, en vue d'une décision (voir ATF 128/2002 II 156, R. c. *DFJP*), dans les situations d'atteintes graves. En matière de contrats d'entretien de la nature, l'art. 18c al. 3 de la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1^{er} juillet 1966 (LPN – RS 451) permet une décision d'intervention de l'autorité par substitution ou l'exécution par un tiers, en cas de défaillance du propriétaire chargé de l'entretien.

²¹ Nous nous référons ici à la terminologie du Tribunal fédéral, lorsqu'il qualifie l'activité du notaire, en tant que délégataire d'une tâche publique ou auxiliaire de la justice (ATF 126/2000 III 370, N. c. *D.*, c. 7a; ATF 124/1998 I 297, *Luc*

Les tâches de l'Etat sont des activités nécessaires à la réalisation d'un intérêt public ou d'un but assigné par la Constitution ou la loi²²; elles incluent non seulement les tâches de l'administration, mais également celles de l'appareil législatif et judiciaire. Toutes les activités ne nécessitent cependant pas d'être exécutées par la collectivité publique; c'est la raison pour laquelle il convient de distinguer les tâches pour lesquelles la collectivité est responsable de s'organiser en vue d'atteindre les buts fixés par la loi (que l'on appellera « tâches de l'Etat » ou *Verwaltungsaufgaben*) – objet de la présente contribution –, de celles qui répondent à un intérêt public et qui peuvent être exécutées tant par la collectivité que des particuliers (*öffentliche Aufgaben*)²³.

En droit public, il n'existe pas de *numerus clausus* des formes d'organisation possibles pour l'exécution des tâches de l'Etat. Dans le but de mieux assurer sa mission, la collectivité publique peut notamment décentraliser une tâche ou l'externaliser auprès d'une entité privée; la délégation d'une tâche publique à un particulier constitue alors l'un des cas de figure possible.

Meylan; ATF 73/1947 I 366, *Schaffhauser und Konsorten*, c. 2; Arrêt TF 4A_34/2014 du 19 mai 2014, A.). Lorsqu'il accomplit ses fonctions ministérielles, les relations du notaire avec ses clients relèvent du droit public et échappent au champ d'application des dispositions contractuelles sur le mandat (ATF 90/1964 II 274, Y., c. 1; ATF 96/1970 II 45, *Zufferey*; ATF 103/1977 Ia 85, X., c. 5a); cela vaut spécialement lorsque le notaire n'a pas été choisi par les parties conformément aux règles sur la liberté contractuelle, mais dans le cadre d'une procédure devant un tribunal et qu'il apparaît de la sorte comme un *auxiliaire de la justice*. Dans le langage courant, cette terminologie correspond également, en France comme en Suisse, aux activités qui relèvent du gouvernement (ou d'un Ministère), soit de l'exécutif.

C'est donc dans un sens plus élargi que celui qui ressort de la distinction opérée par le Conseil fédéral, dans son rapport sur le gouvernement d'entreprise (Rapport sur le gouvernement d'entreprise; FF 2006 7799 ss), que nous recourrons à la notion d'« activité ministérielle », dans la présente contribution.

22 Dans ce sens, voir les contributions de BELLANGER, MARTENET et POLTIER, dans le présent ouvrage.

23 S'agissant du soutien à des organisations défendant des intérêts publics ou des activités de loteries, qui ne constituent pas une tâche de l'Etat, voir, ATF 118/1992 Ia 46, *Verein Scientology Kirche Zürich*, c. 4d. Voir également HÄNER (2015) N° 28.39; SÄGESSER (2007) N° 119; BAER (2012) § 11, N° 11 ss.

2. *Délimitations*

La délégation peut s'opérer à différents niveaux; on peut notamment parler de délégation de compétence législative du législateur au Conseil fédéral, ou de délégation à des tiers pouvant prendre la forme d'établissements de droit public. Dans le présent contexte, il ne sera question que de délégation à des tiers privés, ce par quoi on entend le fait de confier à un particulier (personne privée ou morale) le pouvoir d'exercer des tâches étatiques²⁴.

Quelques délimitations s'imposent en premier lieu :

- Par « délégation d'une tâche étatique », nous entendons l'acte de confier à une personne physique ou morale l'exercice d'une tâche étatique, avec l'ensemble des attributs de la puissance publique qui peuvent lui être rattachés; le délégataire est alors mis au bénéfice d'un régime particulier, qui déclenche une collaboration avec l'Etat dans ses tâches²⁵. Cette figure est à distinguer de la collaboration libre « *freiwillig* » avec les privés, dans laquelle ceux-ci ne sont pas investis d'attributs de la puissance publique. On range dans cette dernière catégorie les collaborations que l'administration peut nouer avec les privés, dans le cadre de mécanismes incitant à l'auto-régulation²⁶, par exemple. Certains auteurs y placent également le renvoi du législateur à des normes privées²⁷.
- Ce transfert de tâches publiques doit être caractérisé dans l'acte de délégation et ne saurait être confondu avec les obligations qui

²⁴ Sur ces définitions, voir la contribution de BESSE, dans le présent ouvrage.

²⁵ KNAPP (1983) p. 448.

²⁶ Voir TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 10 N° 25, qui cite l'exemple de la collaboration avec l'économie dans le domaine environnemental; ainsi, sur la base de l'art. 41a de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE – RS 814.01) les autorités ont la possibilité de collaborer avec les organisations économiques, notamment par des accords sectoriels; le même principe est prévu à l'art. 3, al. 4 de la loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂ du 23 décembre 2011 [loi sur le CO₂ – RS 641.71]), en permettant au Conseil fédéral de fixer des objectifs particuliers pour certains secteurs économiques, d'entente avec les milieux concernés.

²⁷ Voir TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 10 N° 25, qui cite les renvois du législateur aux règles relevant d'organisations privées (pour définir l'« état de la technique », par exemple). Nous reviendrons sur cette question *infra* III, A, 1, a.

peuvent peser sur des administrés, en vertu de la loi, au regard d'un intérêt public à défendre; ainsi, dans le domaine de la protection de l'environnement, les propriétaires d'un bâtiment classé ou les propriétaires d'un biotope se voient impartir différentes restrictions et obligations de prestations (d'entretien, notamment), qui découlent de la nature de l'objet et non de la délégation d'une tâche de l'Etat²⁸.

- La délégation d'une tâche étatique, nécessite une surveillance; mais toute activité privée soumise à surveillance ne correspond pas à une activité déléguée. Ainsi, dans le contexte des activités économiques, on peut citer les professions libérales, qui sont soumises à surveillance de l'Etat, sans qu'il soit question de délégation d'une tâche.
- Le financement de l'exécution de la tâche étatique à caractère non économique doit être assuré, soit par des indemnités au sens où l'entend l'article 3, alinéa 2, lettre b de la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990²⁹, soit par la possibilité pour le délégataire de prélever une redevance³⁰; ce cas de figure est à distinguer de l'aide financière ou des avantages monnayables, pouvant être accordés à des entités privées, qui ont décidé d'assumer une activité répondant à un intérêt public et permettant la réalisation d'objectifs politiques, sans que l'Etat doive agir directement³¹ (voir l'art. 3, al. 1, LSu); dans une telle hypothèse, l'aide financière ne concerne, généralement, qu'une partie de l'activité de l'administré³².

28 On peut en revanche s'interroger sur la nature des contrats d'entretien en relation avec les biotopes, fondés sur l'art. 18c LPN: constituent-ils la délégation d'une tâche publique ou s'agit-il d'une activité auxiliaire à la tâche? Dans la mesure où, généralement, il s'agit de contrats conclus pour des bien-fonds considérés isolément, il nous paraît qu'ils ne sauraient représenter une part suffisante de la tâche d'entretien des biotopes; à notre sens, ces contrats relèvent donc plutôt de l'activité auxiliaire de l'Etat. En revanche, lorsque l'administration délègue à une organisation de protection de la nature la charge de surveiller l'exécution des contrats d'entretien conclus en matière de protection de la nature, on se trouverait bien en présence d'une délégation, qui nécessite une base légale formelle. Pour des exemples, voir la note 11 *supra*.

29 LSu – RS 616.1.

30 Cf. *infra* II, A, 2, b et III, B, 2.

31 ATF 118/1992 Ia 46, *Verein Scientology Kirche Zürich*, c. 4d; Rapport du Conseil fédéral sur les subventions, FF 2008 5651 ss, sp. 5661.

32 Voir les exemples cités par HÄNER (2015) N° 28.39.

C. Les personnes privées chargées d'une tâche publique

A la diversité des champs d'intervention de la délégation d'une tâche publique s'ajoute celle des statuts juridiques des entités chargées d'une telle activité. La forme de ces entités importe peu ; il peut dès lors s'agir non seulement d'associations privées³³, de fondations privées³⁴, de sociétés commerciales privées, ou d'entreprises d'économie mixte³⁵, mais aussi de particuliers³⁶.

En France, la jurisprudence³⁷ distingue l'ensemble des relations susceptibles d'être nouées entre une collectivité publique et un organisme privé chargé d'une mission de service public, selon trois scénarios :

- Le premier correspondrait aux organismes privés qui ont pris l'initiative d'une activité concourant à l'intérêt général, qu'ils exercent sous leur responsabilité. Pour qu'une telle entité se voie reconnaître un caractère de service public, il faut qu'*« en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, elle exerce un droit de regard sur son organisation et le cas échéant lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements »*. Dans la majorité des cas, les organismes privés concourant à l'intérêt général bénéficient d'un financement

³³ A titre d'exemple, l'Association des entreprises électriques suisses (AES) est délégataire d'une tâche publique, selon l'ordonnance sur l'organisation d'exécution de l'approvisionnement économique du pays dans la branche électricité du 10 décembre 2010 (OEBE – RS 531.35).

³⁴ On pourra citer à cet égard le Fonds national suisse pour la recherche scientifique (FNS), qui est une fondation de droit privé, mais largement subventionnée par la Confédération (art. 7 de la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation du 14 décembre 2012 [LERI – RS 420.1]) ; on mentionnera aussi les hautes écoles spécialisées privées, dans le Canton de Vaud, qui doivent être organisées sous forme de fondations.

³⁵ La société Skyguide (Société anonyme suisse pour les services de la navigation aérienne civile et militaire) en constitue un exemple. Voir également JAAG (2000) p. 30. La seule participation de l'Etat au capital-action d'une entreprise d'économie mixte ne suffit pas pour que l'on puisse parler de délégation d'une tâche publique ; il faut encore que cette société se voie confier une tâche par la collectivité.

³⁶ Par exemple les traducteurs officiels travaillant avec une certaine autonomie (voir ATF 138/2012 I 196, *Conseil d'Etat de la République et canton de Genève*).

³⁷ CE sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 284736 (déjà évoqué plus haut).

public qui prend essentiellement la forme d'une subvention, dont la contrepartie réside dans les contrôles auxquels l'organisme privé est dès lors soumis.

- Le second correspond à la figure de l'organisme privé chargé par la collectivité d'une mission de service public ; une telle entité peut bénéficier de prérogatives de puissance publique, et se trouve subordonnée à la surveillance de l'administration.
- Le troisième scénario correspond à l'entité privée créée par l'administration aux fins d'exercer des missions de service public.

Ces trois figures sont également celles que l'on peut rencontrer en Suisse. La première est très présente dans le contexte hospitalier et parahospitalier (établissements médico-sociaux) ou dans celui des établissements d'enseignement privés de base³⁸ ou supérieur³⁹, voire de la formation professionnelle⁴⁰. Le deuxième constitue le cas de figure usuel en matière de délégation de tâches étatiques à caractère ministériel et le troisième, assez fréquent également, constitue un moyen intéressant pour l'administration dans la mesure où, en sus de la délégation de la tâche (qui implique un contrat ou une décision quant à la mission), la collectivité peut assurer une certaine gouvernance de cette entité en s'impliquant dans le capital de la structure, voire dans ses organes dirigeants.

³⁸ Cf. *infra* II, A, 2, b.

³⁹ On mentionnera ici l'exemple de l'IDHEAP, qui, avant d'être intégré depuis le 1^{er} janvier 2014 à l'Université de Lausanne, était une fondation de droit privé. Dès sa création, l'IDHEAP s'est profilé comme un centre de référence national en matière de gestion publique ; à ce titre, il a bénéficié d'un soutien financier important et régulier de la part de l'Etat de Vaud. Dès 1987, ce soutien s'est étendu à la Confédération qui a reconnu l'IDHEAP comme institut universitaire autonome ayant droit à des subventions selon l'ancienne loi sur l'aide aux universités, puis selon la loi fédérale sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles du 30 septembre 2011 (LEHE – RS 414.20). Voir également nos exemples cités en introduction.

⁴⁰ Voir l'ATF 137/2011 II 409, *Fondation ALPDS de Technique Dentaire* concernant une activité privée (la formation professionnelle) développée par des organismes privés et que le Conseil fédéral a rendue obligatoire, en application de l'art. 60 de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956, (RS 221.215.311), avec pour effet de contraindre ces dernières à verser des contributions de formation, sur demande de l'organisation compétente. Voir également TF 2C_58/2009 du 4 février 2010, c. 3.3, X. AG.

Ce tour d'horizon montre que, nonobstant l'autonomie juridique des entités délégataires, la collectivité publique peut, selon les cas de figure, s'impliquer dans la sphère de décision de celles-ci, que la tâche soit liée à des fonctions ministérielles ou économiques, d'ailleurs. L'autonomie décisionnelle du délégataire par rapport à l'administration est cependant un but parfois recherché et pourra, dans certaines circonstances, constituer un critère permettant de distinguer la tâche déléguée de celle exercée en tant qu'auxiliaire de l'administration⁴¹.

II. Les activités ministérielles déléguables

A. Le cadre posé par la constitution et la loi

1. *La notion de tâche de l'administration au sens de l'article 178, alinéa 3, Cst.*⁴²

L'article 178, alinéa 3, Cst précise que « la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieures à l'administration ».

La notion de « tâche de l'administration », au sens de la disposition précitée, correspond à celle de *Verwaltungsaufgaben* évoquée plus haut, soit à une tâche que l'administration est invitée à remplir de par la loi et dont elle est responsable⁴³, par opposition à une simple activité d'intérêt public. En droit suisse, c'est exclusivement l'interprétation de la loi qui détermine quelles sont les tâches de l'Etat et par qui celles-ci doivent

⁴¹ Dans ce sens voir ATF 138/2012 I 196, *Conseil d'Etat de la République et canton de Genève*, c. 4.4.2, qui relève que, lorsqu'un service de traduction est confié à des particuliers, mais que l'Etat maintient simultanément un contrôle sur les traductions externes et endosse ces dernières sous sa responsabilité, les traducteurs externes à l'administration n'agissent qu'en qualité d'auxiliaires placés sous la supervision du service étatique concerné, lequel atteste et continue à répondre de la qualité et de la valeur probante des traductions transitant via son ministère; ce cas de figure doit être distingué de celui du traducteur auprès duquel la tâche de traduction a été confiée, qui l'exécute sous sa responsabilité et qui doit établir, en vue de son assermentation, qu'il n'est pas soumis à un lien de subordination contractuel, pour une part importante de son activité professionnelle, avec une collectivité ou administration publique, ou avec une représentation diplomatique étrangère (c. 4.4.3).

⁴² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101).

⁴³ Cf. *supra* I, B § 1. Voir également MÜLLER (2015) N° 34 ss; HÄNER (2015) N° 28.5 et les références citées.

être assumées⁴⁴, de telle sorte qu'il n'est pas possible d'en indiquer la liste, ce d'autant que les conceptions à cet égard sont évolutives⁴⁵. L'article 178, alinéa 3, Cst ne fixe par ailleurs pas de limite à la délégation d'activités étatiques à des personnes privées extérieures à l'administration fédérale. L'externalisation de tâches publiques autres que celles à caractère économique pose pourtant une question conceptuelle tendant à savoir si toutes les tâches qui relèvent de la souveraineté de l'Etat peuvent être déléguées ou si certaines en sont exclues. Nous reviendrons sur cette question plus bas.

a. Les tâches exécutives

Si la Constitution reconnaît le principe de la délégation de tâches à des personnes privées, elle n'indique pas ce qu'il convient d'entendre par « tâche de l'administration ». Il est admis que cette notion est synonyme de celle de « tâches administratives », telle qu'exprimée à l'article 2, alinéa 4 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997⁴⁶, soit d'une tâche que l'Etat doit accomplir lui-même, par l'intermédiaire de son administration⁴⁷. Les tâches visées sont donc en principe uniquement celles de l'exécutif, à l'exclusion de celles liées à l'appareil législatif et judiciaire, de telle sorte qu'elles ne permettraient que la délégation des tâches ou compétences d'exécution « *Vollzugsaufgaben* »⁴⁸.

b. Les tâches législatives

S'agissant des *tâches législatives*, il existe d'ailleurs une controverse, liée au fait que ces tâches tombent sous le coup de l'article 164, ali-

44 ATF 138/2012 II 134, *Cremo SA Fribourg*, c. 4.3.1; Arrêt TF 2C_887/2010 du 28 avril 2011, *Association Romande des Intermédiaires Financiers*, c. 6.

45 BIAGGINI (2014) Art. 178, al. 3, Cst. N° 29.

46 LOGA – RS 172.010; Cette disposition précise que « la législation fédérale peut confier des tâches administratives à des organisations et à des personnes de droit public ou privé qui sont extérieures à l'administration fédérale ».

47 MÜLLER (2015) N° 38 ss; TSCHANNEN (2011) § 7; TSCHANNEN (1998) p. 211; SÄGESSER (2007) Art. 2 N° 119.

48 SÄGESSER (2000) ad art. 178 N° 814, estime que la délégation de compétences législatives ne tombe pas sous le coup de l'art. 178, al. 3, Cst, mais de l'art. 164, al. 2, Cst. MÄDER (2001) N° 48, parvient au même résultat, en considérant qu'à défaut de base constitutionnelle, la délégation de compétences législatives à des tiers irait à l'encontre de la souveraineté du peuple en la matière. Voir également SÄGESSER (2007) Art. 2 N° 119 ss.

néa 2, Cst.⁴⁹, qui ne prévoit pas la délégation d'actes législatifs à *des particuliers*; l'activité législative relève en principe des organes étatiques (art. 163 ss et 182 Cst.). Certains auteurs doutent de la constitutionnalité d'une telle délégation⁵⁰, alors que d'autres considèrent que celle-ci est tout au plus envisageable pour des actes législatifs bien spécifiques et dans des limites étroites, sur la base de l'article 178, alinéa 3, Cst.⁵¹. Le Tribunal fédéral considère pour sa part qu'il s'agit d'un acte de puissance publique qui peut éventuellement être délégué par la loi, en particulier lorsque cela est nécessaire à l'exécution d'une tâche⁵².

En réalité, l'activité déléguée peut justifier l'élaboration de normes nécessaires au fonctionnement de la tâche, soumises ou non à l'approbation de l'administration: on mentionnera par exemple la fixation des tarifs et l'élaboration de règlements d'organisation ou de compétence, qui peuvent exercer des incidences dans les relations avec les tiers⁵³. La question dépend fortement du contexte:

⁴⁹ L'art. 164, al. 2, Cst. indique qu'« une loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue »; cette disposition ne précise pas à qui l'acte de légiférer peut être délégué, mais il est admis qu'elle vise avant tout la délégation du Parlement aux autorités fédérales (soit au Conseil fédéral, à la Chancellerie fédérale ou au Tribunal fédéral, voire à un département). Pour le surplus, voir MAHON (2003) Art. 164 N° 40; TSCHANNEN (2014) Art. 164, N° 33.

⁵⁰ MAHON (2003) Art. 164 N° 40. Dans son rapport du 1^{er} février 2010, intitulé « Nature juridique des directives et documents de la branche », la Commission fédérale de l'électricité ElCom a examiné la portée des directives édictées par l'Association des entreprises électriques suisse (AES), sur la base de l'art. 27, al. 4 de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEl – RS 734.71) et considéré qu'elles ne reposaient ni sur un fondement constitutionnel, ni sur un fondement légal, de telle sorte qu'elles n'avaient aucun caractère obligatoire, mais tout au plus la portée de normes d'autorégulation.

⁵¹ TSCHANNEN (2014) Art. 164 et les références citées au N° 33.

⁵² ATF 135/2009 II 38, *Carbura*, c. 4.5, qui précise que l'art. 52 de la loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays du 8 octobre 1982 (RS 531) permet une telle délégation de compétence.

⁵³ Voir les exemples cités dans ATF 135/2009 II 38, *Carbura*, c. 4.7; ATF 133/2007 I 49, X. c. *Fareas*: le recourant s'en prend au règlement de maison établi par une fondation délégataire de la tâche d'hébergement des requérants d'asile; selon le Tribunal fédéral, les actes matériels fondés sur ce règlement doivent respecter les droits fondamentaux et pouvoir être soumis à l'autorité de surveillance de l'Etat, en vue d'une décision, dans les situations graves.

En matière de surveillance des marchés financiers, les organismes privés se voient confier l'exécution de tâches publiques et sont habilités à édicter à cet effet des normes particulières, dans leur activités d'autorégulation⁵⁴.

En matière environnementale, l'article 43 de la LPE donne la faculté aux autorités exécutives de confier à des collectivités de droit public ou à des particuliers l'accomplissement de diverses tâches d'exécution, notamment en matière de contrôle et de surveillance; en revanche, selon le Tribunal fédéral, le sens clair de cette disposition ne permet pas de conclure à la délégation de tâches normatives, relevant de l'exercice du pouvoir réglementaire⁵⁵.

Le renvoi de la législation à des normes privées statiques (renvoi à une norme déterminée et précise) ne constitue pas un acte de délégation législative; la jurisprudence admet que ces normes privées sont réputées faire partie du droit applicable, dans la mesure où le législateur s'y est référé. Par contre, le renvoi à des normes privées dynamiques (qui peuvent évoluer quant à leur teneur, parce que l'on se limite à renvoyer aux normes de telle ou telle organisation, sans référence à un texte précis ou à une date d'approbation) est assimilé à une délégation législative, qui nécessite non seulement une base légale formelle, mais également un fondement constitutionnel, sauf lorsqu'il s'agit de normes purement techniques qui auraient pu relever de la compétence d'exécution de l'administration, auquel cas elles peuvent être assimilées à des tâches d'administration déléguables, si les conditions de l'article 178, alinéa 3, Cst. sont remplies⁵⁶.

L'un des problèmes posés par ces pouvoirs réglementaires a trait au fait que la norme adoptée ne remplit pas toujours les conditions pour

⁵⁴ Arrêt TF 2C_887/2010 du 28 avril 2011, *Association Romande des Intermédiaires Financiers*, c. 6 et 9.3.

⁵⁵ ATF 118/1992 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC et Communauté des intérêts des producteurs d'eaux minérales françaises*, c. 9d; dans cette affaire, l'Association pour le recyclage du PVC et la Communauté des intérêts des producteurs d'eaux minérales françaises se prévalaient d'un « gentlemen's agreement » avec la Confédération et revendiquaient, au titre du principe de coopération, un droit de collaborer à l'élaboration de nouvelles normes en matière d'emballages dans le cadre de la législation sur les déchets. Selon le Tribunal fédéral, ledit principe de coopération invite tout au plus à un devoir de consultation, conformément à l'art. 39, al. 3, LPE.

⁵⁶ ATF 136/2010 I 316, *Einwohnergemeinde Zermatt*, c. 2.4.1.

faire l'objet d'un contrôle juridictionnel⁵⁷, si bien que seul un contrôle concret, au stade d'une décision, pourra justifier le recours au juge.

c. Les tâches judiciaires

Sur le plan des *tâches judiciaires*, les activités pouvant être considérées comme relevant de la délégation à des tiers privés sont essentiellement celles que nous qualifions d'auxiliaires dans les présentes lignes, soit l'intervention de personnes dépourvues d'un pouvoir de décision (expert, interprète, conducteur du convoi d'un détenu, etc.). Les activités parajudiciaires de médiation ou d'ombudsman constituent également des tâches que la législation rend obligatoires dans nombre de domaines et qui peuvent être intégrées aux services de l'administration⁵⁸, mais aussi déléguées à une personne privée⁵⁹.

Qu'en est-il de l'arbitrage ? Il n'est pas exclu dans le contentieux des contrats de droit administratif⁶⁰ ; plusieurs auteurs relèvent le monopole de l'Etat sur les activités liées à la justice, mais sans nécessairement exclure une place pour l'arbitrage⁶¹. Peut-on parler de délégation dans un tel contexte ? L'arbitrage est une activité privée qui découle du choix des deux parties, dans la résolution judiciaire d'un litige, lorsque la loi, ouvertement, ou implicitement, laisse une place à un tel procédé⁶².

⁵⁷ ATF 133/2007 I 49, X. c. *Fareas*, c. 2.2, d'où il ressort que le règlement interne d'organisation des centres d'accueil de réfugiés – ces centres étant gérés à l'époque par la FAREAS (fondation de droit privé) – constituait un ensemble de normes non publiées. Ce règlement n'était, de ce fait, pas susceptible de recours auprès de la Cour constitutionnelle vaudoise, mais uniquement d'un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral, à l'époque.

⁵⁸ Loi vaudoise sur la médiation administrative du 19 mai 2009 (RS/VD 170.31).

⁵⁹ Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (RS/VD 800.01), art. 4, al. 2, lit. j et 15a ; les frais du service de médiation sont pris en charge par l'Etat (art. 15h).

⁶⁰ MCGREGOR (2015) p. 263 ss, relève que des clauses d'arbitrage sont fréquentes, entre collectivités publiques ; entre une collectivité publique et un particulier, elles sont plus rares, mais néanmoins présentes. Sur la question voir également NGUYEN (1998) p. 312 ss ; MOOR/POLTIER (2011) p. 655 ; WIEDERKEHR/RICHLI (2012) N° 3034.

⁶¹ MCGREGOR (2015) et les références citées en p. 39.

⁶² Si certains, tels que MAECHLER (2005) p. 594, estiment qu'un fondement légal est nécessaire, en tant que norme attributive de compétence en matière d'arbitrage, d'autres considèrent qu'une telle base légale n'est pas nécessaire dès lors que, comme tout contrat, la place pour un arrangement arbitral dépend de la question de savoir si l'on se trouve dans un domaine relevant de la libre disposition des

A part les situations où la loi invite les parties à recourir à une procédure arbitrale (par exemple à l'art. 89, al. 1, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994⁶³) – qui ne permet pas aux parties un libre choix de la procédure et du juge, généralement désigné parmi les agents de l'Etat –, les cas pouvant laisser la place à une véritable procédure d'arbitrage sont extrêmement rares, en droit public⁶⁴. Et il est à notre sens difficile de parler de délégation d'une tâche concernant ces derniers cas de figure⁶⁵. A analyser les quelques situations exceptionnelles où la loi permet une alternative à la compétence judiciaire, recensées par la doctrine⁶⁶, on ne se trouve ni en présence d'une mission confiée par l'administration (contrairement à la médiation prévue par la loi), ni en présence d'une tâche privée que la collectivité publique devrait décider d'intégrer dans ses attributions. L'un des exemples cités par MCGREGOR⁶⁷, relatif à la fixation du montant de l'indemnité dans une procédure d'expropriation, montre que le litige porte sur un aspect qui invite à des connaissances spécifiques du marché, raison qui peut justifier que les parties choisissent de recourir à un arbitrage, plutôt que de se soumettre à la décision du Tribunal compétent; on se trouve dans un domaine où les parties jouissent d'une certaine autonomie pour s'entendre sur le prix, de telle sorte qu'il n'existe pas d'intérêt public à encadrer la démarche du recours à l'arbitrage, par une surveillance particulière de l'Etat.

Sans doute, les sentences arbitrales exercent des effets semblables à une décision et peuvent faire l'objet d'un recours⁶⁸; ces décisions doivent par ailleurs être prises dans le respect des droits fondamentaux, lorsqu'elles portent sur un *litige relevant du droit public*, et être motivées; elles sont en outre soumises au principe de publication⁶⁹. Cela ne signifie pas encore que l'on se trouve en présence d'une tâche relevant de l'exercice de la puissance publique, l'article 35, alinéa 3, Cst. invitant aussi les particuliers à respecter

parties, du pouvoir d'appréciation de l'administration et de l'absence de disposition légale imposant à l'administration de rendre une décision (MCGREGOR [2015] p. 267 ss, et les références citées, et p. 276).

⁶³ LAMal – RS 832.10

⁶⁴ Voir MCGREGOR (2015) p. 276.

⁶⁵ L'approche est ici la même que celle faite du procédé contractuel, en droit public, qui est admis pour autant que la loi ne s'y oppose pas.

⁶⁶ Voir MCGREGOR (2015) p. 263 ss, 276.

⁶⁷ Voir MCGREGOR (2015) p. 274, N° 822.

⁶⁸ MCGREGOR (2015) p. 399 ss.

⁶⁹ Arrêt TF 4P.74/2006 du 19 juin 2006, *Sociétés X. et Y. c. Société Z.*; MCGREGOR (2015) p. 392 ss.

les droits fondamentaux au sein de leurs relations, lorsque les circonstances le justifient.

On ajoutera que la notion de « tâche de l'administration » ne présuppose pas qu'une tâche déléguée à des personnes extérieures à l'administration ait été exercée précédemment par l'administration centrale; il est ainsi envisageable que l'Etat délègue une nouvelle tâche *ab initio*⁷⁰.

2. Les tâches « ministérielles » ou à caractère non économique

Reste à déterminer ce qu'il convient d'entendre par « tâche étatique à caractère non économique ». Il s'agit de tâches qui relèvent de l'exercice de la puissance publique de l'Etat par opposition aux domaines d'activités de l'Etat à caractère d'entreprise, soumis au droit de la concurrence⁷¹.

Nous examinerons en premier lieu si le critère formel de l'acte de concession, déterminant la délégation d'une tâche à caractère économique, permet à lui seul de qualifier la nature de la tâche. Nous analyserons ensuite quelles sont les particularités d'une « tâche liée à la puissance publique ».

a. Le critère lié à l'absence d'un monopole

Une tâche non économique constituera toujours une activité qui se distingue des situations nécessitant une concession; cette dernière – qui peut aussi constituer une forme de délégation d'une tâche de l'Etat – implique, selon la doctrine dominante, l'exercice d'un monopole⁷²

⁷⁰ BIAGGINI (2014) Art. 178, N° 30.

⁷¹ ATF 129/2003 II 497, *Entreprises Electriques Fribourgeoises*, c. 3.3; MARTENET (2013) N° 42 ad Art. 2 LCart.

⁷² Les concessions peuvent être liées à un monopole de droit ou de fait, à une concession de « surveillance » (*Aufsichtkonzession*) ou de service public (*Konzessionen des öffentlichen Dienstes*); voir sur ce point WALDMANN (2011) p. 8 ss. En principe l'ensemble de la doctrine s'accorde pour admettre qu'une concession est liée à un monopole. WALDMANN (2011) p. 10, relève cependant que les concessions dites de « surveillance » sont le plus souvent imposées par la loi, sans qu'il existe nécessairement un monopole; elles visent à permettre le contrôle par la collectivité publique de l'exercice de certaines activités privées comme celles liées à la navigation aérienne (art. 28, 30 et 36a de la loi sur l'aviation du 21 décembre 1948 [LA – RS 748.0]) ou des jeux d'argent (art. 106, al. 2, Cst).

Il nous paraît en réalité que les « routes aériennes » de la LA correspondent plus à des autorisations spécifiques liées à la haute police de la Confédération sur l'espace

auquel est liée une activité économique, ce qui signifie le plus souvent l'octroi de prestations à caractère marchand⁷³. Sur le plan matériel, l'article 178, alinéa 3, Cst. vise les tâches publiques au sens large, soit toute tâche invitant à un ensemble d'actes juridiques ou matériels qui relèvent de l'administration⁷⁴; ces tâches recouvrent donc aussi bien les activités impliquant à des degrés plus ou moins importants l'exercice de la puissance publique, que d'autres activités, ce par quoi il faut entendre les activités à caractère économique⁷⁵.

Dans la mesure où les activités nécessitant une concession sont déterminées par l'existence d'un monopole, on pourrait se limiter à qualifier les activités non économiques par la négative, comme étant celles qui ne sont pas liées à un monopole. Une telle approche, outre qu'elle est entièrement dépendante des choix politiques du législateur, ne tiendrait pas compte du fait que le critère du monopole – entendu dans un sens large – est lui-même ambigu, car il peut aussi recouvrir des activités à caractère non économique⁷⁶.

aérien (qui peut découler de l'art. 664, al. 1, CC); on pourrait aussi y voir des concessions, mais elle reposerait, à notre sens, sur l'existence d'un monopole de fait de la Confédération et/ou des cantons sur l'espace aérien, en tant que domaine public, qui est parfois expressément être reconnu par la loi (voir l'art. 63 du Code de droit privé judiciaire vaudois [CDPJ – RS/VD 211.02]). Concernant la souveraineté de la Confédération en matière d'autorisation et de surveillance des jeux d'argent, on se trouve à notre sens bien plutôt en présence d'autorisations de police que de concessions (dans le sens du rejet d'une véritable concession, dans ce dernier cas de figure, voir SCHNEIDER (2014) N° 10 ad Art. 106 Cst.

Les concessions de service public sont des activités qui ne peuvent être laissées à l'initiative du secteur privé, en raison d'un intérêt public à les organiser (par exemple en fonction du réseau à desservir, du prix des prestations du service minimum, etc.), et qui sont confiées à des entreprises privées chargées d'exécuter la tâche en question. Constituent par exemple de telles activités la perception de la redevance radio et télévision, ou l'enlèvement et l'incinération des ordures ménagères. Selon WALDMANN (2011) p. 10 et 11, les concessions de service public peuvent trouver leur fondement dans un monopole de droit ou de fait, dans un monopole régalién ou une concession de surveillance; elles ne sont donc pas non plus automatiquement liées à un monopole, mais doivent reposer sur une base légale expresse.

⁷³ Voir la contribution de POLTIER, dans le présent ouvrage.

⁷⁴ Dans ce sens VOISARD (2014) p. 211.

⁷⁵ Rapport OLOGA, JAAC 73/2009 n° 7, ch. 2.2.4.

⁷⁶ On évoque notamment cette figure en relation avec des tâches à caractère non économique comme le monopole de l'activité judiciaire ou le monopole virtuel lié

b. Les critères liés aux attributs de la puissance publique

Une activité à caractère non économique implique de se voir confier des attributs de la « puissance publique ». Cette notion implique généralement une compétence décisionnelle⁷⁷ ou un pouvoir de contrainte⁷⁸; mais elle peut aussi correspondre à toute fonction officielle engendrant des responsabilités et un rapport de confiance qualifié par rapport aux tiers. Elle peut donc se limiter à des actes matériels :

- Ainsi, le traducteur-juré, dans le Canton de Genève, se voit conférer une parcelle limitée de la puissance publique qui le place dans un rapport de droit public spécial vis-à-vis du canton. Le traducteur-juré est en effet appelé à traduire des documents requérant une certification officielle non seulement pour l'administration, mais aussi pour des particuliers⁷⁹; ces derniers doivent pouvoir placer une confiance accrue en ces traductions, dont il pourra être fait usage dans le cadre de procédures ou de transactions. Muni du sigle de l'Etat, le traducteur-juré atteste ainsi d'une traduction fidèle et de la qualité de documents officiels et/ou probants. Si le traducteur-juré ne détient pas le monopole des traductions officielles, le sceau officiel de la République et Canton de Genève apposé sur les certifications ne signale pas moins aux particuliers qu'une présomption de conformité est attachée à ses travaux, dans le sens où l'Etat leur reconnaît une force probante accrue; en cela, la fonction du traducteur-juré, qui ne se limite pas à traduire des documents soumis par les services de l'Etat, dépasse le cadre d'une fonction

aux activités de l'enseignement supérieur; on l'évoque aussi en relation avec la notion de tâches « régaliennes », qui recouvrent de multiples activités que ce soit en relation avec la souveraineté de l'Etat (tâches de police), ou en relation avec des activités à caractère marchand tel le monopole sur l'exploitation des mines ou de sel.

⁷⁷ Cette compétence décisionnelle peut modifier le mode de fonctionnement de l'entité privée: ainsi, ATF 137/2011 II 409, *Fondation ALPDS de Technique Dentaire*, c. 6.2 et 6.3, concernant une fondation pour la formation professionnelle, pour laquelle l'affiliation avait été rendue obligatoire par le Conseil fédéral et dont la réclamation des cotisations devait désormais se faire par voie de décision, dès lors qu'elle en avait reçu la compétence expresse.

⁷⁸ Voir la définition donnée par BELLANGER, dans le présent ouvrage. Aussi, la délégation d'activités de police qui impliquent l'usage de la force, doivent faire l'objet d'une base légale formelle, même si les agents ne se voient pas attribuer un pouvoir de décision ou de sanction. Les atteintes aux droits fondamentaux qui peuvent être liées à l'exercice de telles activités, nécessitent une base légale formelle en cas d'atteinte potentiellement graves (art. 36 Cst.).

⁷⁹ Voir l'art. 7, al. 2 et 3 de la loi genevoise sur les traducteurs-jurés du 7 juin 2013 (RS/GE I 2 46).

administrative interne et présente, dans le canton de Genève, certaines analogies avec le ministère d'un notaire indépendant. Une base légale est donc nécessaire lorsque l'Etat entend totalement externaliser cette tâche⁸⁰.

- Le notaire, dans le notariat libre ou fonctionnarisé, exerce des actes de puissance publique⁸¹. Lorsqu'il accomplit des fonctions ministérielles, ses relations avec ses clients relèvent du droit public: même s'il ne dispose pas d'un pouvoir de contrainte, il revêt ainsi la fonction d'un officier public habilité à instrumenter des actes publics présumés exacts (art. 9 CC⁸²). Dans l'exercice d'une profession libérale, le notaire agit clairement en tant que délégataire d'une tâche publique pour des actes ministériels, qui sont d'ailleurs subordonnés au principe de la couverture globale et spéciale des frais, par l'intermédiaire d'un tarif et, en principe, à l'exigence d'une base légale⁸³.
- Les caisses-maladie exercent une grande partie de leur activité selon la procédure simplifiée de l'article 51 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000⁸⁴, sans qu'un acte unilatéral contraignant soit nécessaire; les cas où une décision formelle doit être rendue sont relativement rares et subsidiaires par rapport à l'activité générale, qui relève néanmoins d'une tâche de l'Etat⁸⁵.

Les exemples précités le montrent, les activités qui relèvent de la puissance publique peuvent s'exercer en concours avec des activités privées (l'activité des interprètes et des notaires, notamment, mais aussi celles

⁸⁰ ATF 138/2012 I 196, *Conseil d'Etat de la République et canton de Genève*, c. 4.3 et 4.4. En revanche, tant que la collectivité publique gère le service de traducteurs-jurés de manière interne à son administration, il lui est loisible d'adopter des ordonnances. Il en va de même lorsqu'elle confie les traductions officielles en faveur de l'administration à des traducteurs privés, mais qu'elle maintient simultanément un contrôle sur les traductions externes, endossant ainsi la responsabilité de ces dernières. Dans une telle hypothèse, les traducteurs externes à l'administration n'agissent qu'en qualité d'auxiliaires, sous la supervision du service étatique concerné, lequel atteste et continue à répondre de la qualité et de la valeur probante des traductions transitant via son ministère.

⁸¹ ATF 126/2000 II 366, *X. c. Reformierte Kirchgemeinde Bubikon*, c. 7a, et les références citées; BOHNET (2014) p. 74 ss.

⁸² Code Civil (CC – RS 210).

⁸³ ATF 103/1977 Ia 85, *X.*, = JdT 1979 I 98; RNRF 59 p. 371; SJ 2003 I 537; PIOTET (2014), p. 156.

⁸⁴ LPGa – RS 830.1.

⁸⁵ JAAC 71/2007 n° 20, p. 352 ss, ch. 1.2.2.

des cliniques ou des écoles privées). Différents scénarios peuvent se présenter. Dans chacune de ces situations, il s'agira d'examiner si l'activité privée relève de l'exercice d'une tâche de l'Etat – auquel cas, on conclura à la délégation d'une tâche –, ou si l'activité privée s'exerce dans un marché libre, éventuellement sous la surveillance de l'Etat, en vertu de son pouvoir de police.

- Comme on l'a vu ci-dessus, il est généralement admis que les activités ministérielles des notaires relèvent bien de l'exercice de la puissance publique, et non d'une prestation marchande, quoique cette vision soit précisément controversée⁸⁶.
- Dans le domaine hospitalier, l'activité des cliniques privées s'inscrit en concurrence avec celle des hôpitaux publics, dans le contexte de la planification hospitalière; il existe bel et bien une tâche de l'Etat de pourvoir à des prestations en la matière et de les organiser. Une analyse de cette question montre que les cliniques s'acquittent de ces missions spécifiques en tant que délégataires d'une tâche, selon une procédure d'attribution qui s'approche d'un régime de concession⁸⁷.
- Le domaine de l'enseignement pose des questions particulières: selon l'article 62, alinéa 2, Cst., « les cantons pourvoient à un *enseignement de base* suffisant ouvert à tous les enfants. Cet enseignement est obligatoire et placé sous la direction ou la surveillance des autorités publiques. Il est gratuit dans les écoles publiques ». Cette disposition ne détermine pas un monopole de l'Etat en la matière, dans la mesure où la liberté du choix de l'enseignement de base est en effet implicitement garantie, ce que rappelle l'article 36, alinéa 3 de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (Cst./VD – RS/VD 131.231). L'enseignement de base peut ainsi être dispensé par des écoles publiques, comme par des écoles privées, voire au domicile de l'élève. Faut-il considérer que

⁸⁶ PIOTET (2014) p. 161, évoque le fait que l'activité notariale ne résiste pas au test du « marché privé »; à défaut d'un monopole de l'Etat sur les activités ministérielles du notaire, personne n'est habilité à délivrer des actes authentiques au sens où l'entend l'art. 9 du Code civil. La Commission fédérale de la concurrence (Comco) a exprimé un autre avis (recommandation de la ComCo, n. 614-0002, n. 52 ad D.2.1, reprenant la position de son responsable du marché intérieur, N. DIEBOLD note in *PJA* 2012 p. 1165 ss, de même que celle d'un auteur [M. OESCH, *Das Binnenmarktesetz und hoheitliche Tätigkeiten*, *RJB* 148/2012 p. 398 ss]).

⁸⁷ Dans leurs contributions dans le présent ouvrage, BELLANGER indique que les prestations des hôpitaux ne constituent pas une tâche relevant de la puissance publique, ce qui laisserait entendre qu'elles relèvent des activités économiques de l'Etat et JOSEPH, sous ch. 7 B, semble également pencher pour cette solution, tout en laissant la question ouverte. Voir également POLTIER (2013) N° 39.

les écoles ou les enseignants privés sont pour autant délégataires d'une tâche publique ?

Si l'enseignement de base représente incontestablement une tâche relevant de la puissance publique⁸⁸, avec pour mission principale de s'assurer que chaque élève est scolarisé dans une institution publique ou privée⁸⁹, il n'existe, à notre sens, pas suffisamment d'éléments de rattachement entre les écoles privées et la collectivité publique pour considérer qu'elles sont délégataires d'une tâche publique. Les activités des écoles privées sont certes soumises à des obligations de prestations et de moyens au moins équivalentes à celles des écoles publiques, ce qui invite à des contrôles de la part de l'Etat⁹⁰; celui-ci ne se porte toutefois pas garant des méthodes ou de la qualité de l'enseignement privé (art. 7, al. 3 de la LEPr) et n'alloue en principe aucun financement aux écoles privées ou aux élèves de ces écoles (bourses). Il en résulte, à notre sens, que l'enseignement privé s'inscrit dans l'exécution d'une activité privée, soumise à la surveillance de l'Etat en vertu de son droit de police, mais non en tant que délégataire d'une tâche étatique.

- On notera que la question est plus claire s'agissant de la *formation supérieure*, à la faveur des nouveaux articles 61a et 63a Cst., inscrits dans la Constitution en 2006 : ces dispositions confient à la Confédération et aux cantons le soin de veiller ensemble « à la qualité et à la perméabilité de l'espace suisse de formation » (art. 61a, al. 1, Cst.). Concernant les hautes écoles, à teneur de l'article 63a Cst., la Confédération et les cantons veillent ensemble à la coordination et à la garantie de l'assurance

⁸⁸ POLTIER (2013) N° 16 ad Art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI – RS 943.02).

⁸⁹ L'enseignement de base est obligatoire et ouvert à tous les enfants (art. 62, al. 2, Cst., art. 46, al. 1, Cst./VD et art. 54 et 55 de la loi sur l'enseignement obligatoire du 7 juin 2011 [LEO – RS/VD 400.02]). Il vise un objectif commun à l'ensemble des enseignements publics et privé – permettre une « instruction suffisante » (art. 62, al. 2, Cst., art. 36, al. 1, Cst/VD et 21f, al. 2, LEO) – et il est placé sous la direction ou la surveillance des autorités publiques.

⁹⁰ Les écoles privées sont soumises à une autorisation d'exercer, selon l'art. 21f, al. 1, LEO et les art. 3 et 7 de la loi sur l'enseignement privé du 12 juin 1984 (LEPr – RS/VD 400.455); les enseignants à domicile sont, quant à eux, soumis à un contrôle annuel du département, qui, en cas d'insuffisance avérée, peut décider d'une scolarisation dans un établissement public (art. 9, al. 2, LEPr et 40 du Règlement d'application de la loi sur l'enseignement obligatoire (RLEO – RS/VD 400.02.1). L'Etat est par ailleurs tenu de contrôler les prestations des enseignements privés qui doivent être au moins équivalentes à celles de l'enseignement public (art. 7, al. 2, LEPr).

de la qualité, dans le cadre d'un fédéralisme coopératif, que concrétise la loi fédérale sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles, du 30 septembre 2011 (LEHE; RS 414.20)⁹¹. Le soutien aux hautes écoles peut être lié à des principes de financement uniformes, et, éventuellement à une répartition des tâches entre les hautes écoles dans les domaines particulièrement onéreux (art. 63a, al. 5, Cst.)⁹². Les hautes écoles privées sont clairement *délégataires d'une tâche étatique à caractère non économique*, dans un tel contexte, dans la mesure où elles sont soumises aux mêmes conditions et objectifs que les hautes écoles publiques, pour l'octroi de subventions de la collectivité publique.

Enfin, le mode de rémunération de la tâche déléguée peut également constituer un critère; le fait que l'activité déléguée soit rémunérée par l'Etat ou par des émoluments constitue un critère pouvant conduire à admettre l'existence d'une tâche non économique de l'Etat. On en donne un exemple:

Selon l'article 88, alinéa 1, LAA⁹³, la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident (CNA) et les autres assureurs encouragent la prévention des accidents non professionnels, en gérant en commun une institution qui contribue, par l'information et par des mesures générales de sécurité, à la prévention des accidents non professionnels et qui coordonne les efforts de même nature. Le Bureau de prévention des accidents, fondation de droit privé, exécute cette tâche déléguée, avec pour mandat légal de prévenir les accidents non professionnels et de coordonner les efforts des différents acteurs de la prévention. Il nous paraît que cette tâche, bien que limitée à des activités de conseil, représente une tâche de l'Etat, qui tend à guider les activités en matière de santé; elle pourrait difficilement exister sur la

⁹¹ Cette loi permet de fixer les niveaux d'enseignement et d'harmoniser différents critères relatifs aux cycles d'études et à la reconnaissance mutuelle des diplômes, notamment.

⁹² Ainsi, les hautes écoles, qu'elles soient publiques ou privées, se voient octroyer des subventions si elles offrent un enseignement public et au regard du respect des objectifs fixés (art. 41 ss LEHE).

Dans le Canton de Vaud, des prescriptions formelles s'ajoutent à ces conditions d'ordre matériel, en ce sens que les hautes écoles privées doivent être organisées sous forme de fondations et leur statuts sont soumis à l'approbation du département; l'engagement de leur directeur est également soumis à l'approbation du département, si elles reçoivent des subventions (art. 3 et 22 de la loi sur les hautes écoles vaudoises de type HES [LHEV – RS/VD 419.01]).

⁹³ Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA – RS 832.20).

seule initiative d'un marché privé (compte tenu notamment de l'obligation de coordination des informations attendues de ce service). Cette activité de conseil est par ailleurs directement liée à la tâche de l'Etat, en matière d'assurance-accident obligatoire, en cherchant à en réduire les risques. Il est ainsi cohérent que ledit bureau soit financé par un supplément de la prime de l'assurance-accident (art. 88, al. 2 et 3, LAA), ce qui tend à corroborer que sont activité ne revêt pas un caractère économique.

c. L'enjeu de la définition

L'enjeu de cette réflexion a trait aux règles de mise au concours auxquelles sont subordonnées les activités économiques, ainsi qu'aux règles de surveillance, plus strictes, dans le contexte d'une tâche non économique.

La distinction entre tâche économique ou non économique, dans la délégation d'activités de l'Etat à des tiers, exerce également une incidence en droit fiscal; les entreprises qui fournissent des prestations dans l'exercice de la puissance publique sont dispensées du paiement de la TVA (art. 3 et 12, al. 4, LTVA et 14 OTVA⁹⁴). Cependant, les critères de cette législation peuvent être spécifiques, quand bien même le principe est de s'en tenir aux critères généraux quant aux conditions d'une délégation liée à la puissance publique⁹⁵.

d. Synthèse

En définitive, il s'agit d'apprécier, au regard d'un ensemble de critères, s'il existe une tâche relevant de la puissance publique de l'Etat, et si les

⁹⁴ Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 12 juin 2009 (Loi sur la TVA, LTVA – 641.20) et ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 27 novembre 2009 (OTVA – RS 641.201). Voir également la contribution de BELLANGER, dans le présent ouvrage.

⁹⁵ Ainsi, l'activité notariale – que nous qualifions de non économique – est soumise à la TVA (art. 14, ch. 13, OTVA). Concernant la référence, dans le domaine de la TVA, aux règles générales du droit administratif, voir notamment arrêt TF 2A.167/2005 du 8 mai 2006, *Administration fédérale des contributions*, c. 10, relatif à la question de savoir si le Groupement patronal vaudois est assujetti à la TVA au regard des prestations qu'il fournit dans l'exercice de sa mission consistant à tenir à jour la liste des soumissionnaires qualifiés; faute de base légale formelle en droit cantonal lui reconnaissant cette tâche (déléguée sur la base d'une disposition réglementaire, uniquement), le Tribunal fédéral, à l'appui également d'autres éléments, a conclu à l'absence d'une délégation de tâche de puissance publique.

activités privées en relation ou en concours avec ces tâches sont investies d'une mission et reposent sur une base légale formelle (auquel cas, elles répondent à la définition de délégataire d'une tâche publique), ou si elles s'exercent au contraire librement, sous réserve d'une éventuelle surveillance de l'Etat, liée à son devoir de police.

3. *Les tâches auxiliaires*

L'article 178, alinéa 3, Cst. ne vise pas les tâches auxiliaires relevant de la *Bedarfsverwaltung*, soit les prestations et moyens dont l'administration a besoin pour exécuter ou faciliter ses tâches, qu'elle acquiert de la part de tiers (par exemple *l'outsourcing* du service informatique ou du service de nettoyage), lorsqu'elle ne les entreprend pas en régie⁹⁶. Ces activités (que l'on désigne aussi dans la terminologie allemande en tant que *administrative Hilfstätigkeit*), se comprennent à la fois dans un sens étroit (les biens et services nécessaires au fonctionnement interne de l'administration⁹⁷) et dans un sens large (les moyens nécessaires à l'engagement et au fonctionnement du personnel étatique)⁹⁸. L'acquisition de ces moyens est affectée de manière immédiate à la réalisation de tâches publiques. Dans ces activités, l'Etat exerce le plus souvent une activité étatique non souveraine qu'il accomplit sur un pied d'égalité avec les personnes privées et selon le régime du droit privé⁹⁹. On ne saurait donc parler de délégation de tâche même partielle, dans ce contexte¹⁰⁰.

Nous nous référerons à la notion *d'auxiliaire*, dans les lignes qui suivent, essentiellement pour distinguer cette activité, de celle du délégataire; alors que le premier se limite à participer à la tâche, le second se voit confier une tâche¹⁰¹. L'auxiliaire désigne ainsi celui qui exécute

⁹⁶ MAHON (2003) Art. 178, al. 3, N° 12. JAAG (2000) p. 36; JAAG (2011) p. 544.

⁹⁷ Il peut s'agir des immeubles, appareils et autres fournitures, qui s'acquièrent en principe par contrat d'achat ou de location, mais aussi des prestations de l'architecte ou de l'ingénieur nécessaires à la construction d'un immeuble, ainsi que des services d'experts pouvant être mandatés, par exemple pour la réalisation d'un ouvrage.

⁹⁸ JAAG (2011) p. 545 et les références citées.

⁹⁹ DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 157.

¹⁰⁰ Dans ce sens MÜLLER (2015) N° 52 et la note 110; BIAGGINI (2014) Art. 178 Cst. N° 33.

¹⁰¹ Voir également la contribution de POLTIER, dans le présent ouvrage.

des activités qui aident l'autorité dans l'exécution de sa tâche, en raison de ses compétences techniques, mais qui ne dispose pas d'un pouvoir de décision ou de contracter avec les tiers¹⁰², ni du pouvoir de la contrainte. Ce sont typiquement les experts, les chargés d'enquête, les agents de surveillance, etc.), investis d'obligations qui se limitent à des actes matériels (contrôles, tâches d'instructions, etc.)¹⁰³. A l'inverse, un auxiliaire peut répondre à la définition du délégataire, s'il est investi d'un pouvoir de décision ou d'un autre attribut de la puissance publique.

Ainsi, les experts privés engagés sur la base de la loi fédérale sur la formation professionnelle¹⁰⁴ (art. 42 LFPR; 35, al. 1, OFPr) pour faire passer les examens finaux sont des auxiliaires délégataires d'une tâche publique; ils rendent des décisions, à la différence des experts mandatés en procédure par l'autorité judiciaire, qui sont des auxiliaires liés par une décision ou un contrat avec l'Etat; leurs actes engagent la responsabilité de ce dernier. Les pouvoirs des experts sont déterminés par les codes de procédure¹⁰⁵.

La portée de cette distinction est celle de la nature de la base légale. Alors qu'une base légale matérielle est suffisante pour confier des tâches auxiliaires, une base légale formelle est nécessaire pour un acte de délégation de la tâche. En outre, l'encadrement à assurer par l'Etat dans l'exercice de sa surveillance pour l'externalisation de tâches auxiliaires n'est pas le même.

B. Des tâches non délégables ?

L'article 178, alinéa 3, Cst. ne fixe aucune limite constitutionnelle à une délégation d'activités de l'administration à des privés. Toutes les activités ne sont cependant pas délégables; la réserve tient plus à des motifs liés à la préservation de certaines garanties que doit offrir le service

¹⁰² Voir à cet égard, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 5 N 10a s.

¹⁰³ VOISARD (2014) N° 284 ss; pour cet auteur, l'auxiliaire est nécessairement un délégataire (au bénéfice d'une délégation administrative, c'est-à-dire d'une délégation fondée sur une base légale qui ne désigne pas nommément le délégataire); en revanche, le délégataire n'est pas nécessairement un auxiliaire, ce par quoi cet auteur désigne toutes les personnes chargées d'une tâche publique de surveillance.

¹⁰⁴ Loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr – RS 412.10).

¹⁰⁵ DUBÉY/ZUFFEREY (2014) N° 118, p. 40.

public, quant à la sécurité et à l'égalité de traitement, notamment, qu'en des obstacles déterminés¹⁰⁶.

Les activités sujettes à délégation ne font ainsi l'objet d'aucun catalogue; il n'est pas non plus possible de tenter une approche systématique, bien que différents auteurs l'aient tentée. Ainsi, certains distinguent les activités relevant du cœur des tâches étatiques (*Kernaufgaben*, que certains nomment aussi « régaliennes »)¹⁰⁷ – telles que le monopole de la contrainte, ainsi que certaines tâches de la sécurité intérieure et extérieure –, des tâches de prestation et de gestion – telles que la sécurité sociale, la planification et la mise à disposition d'infrastructures¹⁰⁸. Les premières devraient être assurées par la collectivité publique, à la différence des secondes, qui pourraient être privatisées et donc déléguées. D'autres approches, fondée sur l'Etat de droit, les principes démocratiques, l'Etat social ou le principe du fédéralisme, ont été tentées, sans plus de succès quant à une délimitation évidente entre les tâches déléguables et celles qui ne le seraient pas.

Même s'il existe un certain ralliement de la doctrine autour du concept selon lequel un noyau d'activités (*Kernaufgaben*) sont réputées non privatisables, on constate aujourd'hui une tendance toujours plus marquée à admettre qu'un certain nombre de ces tâches puissent être déléguées, notamment en matière de sécurité et de police, que ces tâches soient

¹⁰⁶ BIAGGINI (1998) p. 102, 104 et 106; l'auteur expose l'évolution des résistances en la matière en relevant qu'initialement, la délégation de tâches était connue essentiellement dans le contexte de l'agriculture (le marché du fromage, par exemple; sur cette question voir la thèse de BURNET [1983]) ou celui de certaines installations électriques. Puis, l'on a admis que la délégation puisse intervenir dans des tâches aussi diverses que la gestion des déchets, la santé, l'exécution de sanctions pénales ou la sécurité sociale.

¹⁰⁷ Rapport OLOGA, JAAC 73/2009 n° 7, ch. 5.2.2.

¹⁰⁸ Voir la doctrine allemande citée par BAER (2012) § 11 N° 28. En droit suisse, voir BIAGGINI (2014) N°s 5 et 28, qui place dans les activités non déléguables celles qui relèvent de la défense militaire et de la poursuite pénale, ou de l'exécutif personnellement, en raison de leur caractère politique (soumettre des projets d'actes à l'Assemblée fédérale, conformément à l'art. 181 Cst., par exemple). RICHLI (2001) § 54 N° 18, ajoute aux tâches relevant des *Kernaufgaben* celles qui impliquent des obligations juridiques relevant de la souveraineté de l'Etat, celles qui exercent une incidence sur la capacité de fonctionnement de l'organisation de l'administration, ou qui ont trait aux opérations en lien avec le financement des activités de l'Etat.

purement administratives ou liées à la défense de la sécurité ; il importe également peu que ce type d'activités se limite à de simples constats ou dénonciations, ou invite à l'usage de la force¹⁰⁹.

A défaut de tâches non déléguables « par nature », la loi peut, bien entendu, exclure cette forme d'externalisation ; il est ainsi fréquent que la loi exclue la délégation d'actes relevant de la puissance publique : ce type d'exclusions s'illustre particulièrement en matière de police¹¹⁰ ; mais d'autres exemples peuvent aussi se trouver dans l'administration de prestation (ainsi concernant la délégation de tâches liées au service civil¹¹¹ ou à l'assurance-chômage¹¹²).

III. Les conditions et caractéristiques de la délégation d'une activité ministérielle

A. L'exigence de la base légale

La délégation d'une activité étatique à des privés suppose le respect des principes et obligations déduits des articles 5 et 35 Cst., à savoir les principes de légalité, de spécialité, d'intérêt public, de proportionnalité et le respect des droits fondamentaux. Nous ne traiterons que des questions liées au fondement légal, qui suscitent le plus d'interrogations. L'externalisation d'une tâche, laquelle reste sous la responsabilité de l'Etat, implique également une surveillance que nous approcherons plus bas.

¹⁰⁹ D'une manière générale, sur cette question, voir GAMMA (2001) notamment p. 196 ss. Pour une approche critique, voir ZÜND/ERRASS (2012) p. 162 ss et GUERY (2006) p. 141 ss.

¹¹⁰ Voir à cet égard, l'art. 22a de la loi vaudoise sur les entreprises de sécurité (LESec – RSVD 935.27), qui exclut la délégation d'actes d'autorité. Voir également de manière plus approfondie sur ces questions, GAMMA (2001) p. 196 ss et le Rapport du Conseil fédéral sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées, FF 2006 631 ss.

¹¹¹ Voir l'art. 3 de l'ordonnance fédérale concernant la délégation de tâches d'exécution du service civil à des tiers du 22 mai 1996 (ODSC – RS 824.091).

¹¹² Selon l'art. 119c bis, al. 1 de l'ordonnance fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI – RS 837.02), les ORP ne peuvent pas déléguer aux placeurs privés auxquels ils font appel pour remplir leurs tâches de conseil et de placement des tâches relevant de l'exercice de la puissance publique telles que l'examen de l'aptitude au placement ou la décision de sanction.

1. *En cas de délégation de tâches de l'Etat à caractère ministériel*

Selon l'article 178, alinéa 3, Cst., une *base légale formelle* est nécessaire pour permettre la délégation d'une tâche étatique¹¹³, ce qui signifie qu'une autorisation légale soumise au référendum est requise pour chaque domaine permettant la délégation potentielle d'une tâche étatique à des particuliers¹¹⁴ : la loi peut cependant subdéléguer les *tâches de moindre importance* au Conseil fédéral¹¹⁵. Le même principe vaut lorsque les cantons entendent déléguer des tâches de l'Etat¹¹⁶.

Les exigences quant à la précision de la base légale ne sont pas aisées à circonscrire. La base légale formelle doit être « suffisante », selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine¹¹⁷, terme qui doit s'entendre eu égard au contexte ; on sera ainsi moins exigeant concernant les conditions de la délégation d'une tâche relevant de l'administration de prestation que pour la délégation d'une tâche de police¹¹⁸. Selon certains auteurs, lorsqu'il s'agit de tâches impliquant l'exercice de la puissance publique, la base légale devrait explicitement préciser si une compétence décisionnelle¹¹⁹, ou la compétence de prélever une taxe, est accordée¹²⁰ ; pour sa part, le Tribunal fédéral paraît cependant admettre qu'une

113 ATF 137/2011 II 409, *Fondation ALPDS de Technique Dentaire*, c. 4.3.

114 Dans le cadre de la révision de la Constitution fédérale, l'Assemblée fédérale, suivant l'avis du Conseil fédéral, avait expressément rejeté la proposition visant à assouplir l'exigence de la réserve de la loi, qui gouverne chaque cas concret d'externalisation de tâches de l'administration. Voir ainsi BO 1998 CN 147 ss ; BO 1998 CE 868 ; SÄGESSER (2007) N° 94.

115 MAHON (2003) Art. 178, al. 3, Cst. et les références citées en p. 1358.

116 ATF 138/2012 I 196, *Conseil d'Etat de la République et canton de Genève*, c. 4.4.3.

117 ATF 137/2011 II 409, *Fondation ALPDS de Technique Dentaire*, c. 4.3 ; ATF 135/2009 II 38, *Carbura*, c. 4.4 ; arrêt TF 2C_715/2008 du 15 avril 2009, *SR Technics Switzerland AG*, c. 3.2 ; RDAF 2010 I p. 425 ; arrêt TF 2A.167/2005 précité, *Administration fédérale des contributions*, c. 7 et 10.2 ; RDAF 2007 II p. 332 ; MAHON (2003) Art. 178 Cst. N° 11 ; BIAGGINI (2014) Art. 178 Cst., ° 32 s. ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) N° 1515.

118 BIAGGINI (2014) Art. 178 Cst. N° 33 ; BIAGGINI (2002) p. 157.

119 VOISARD (2014) p. 183 et les références citées.

120 BIAGGINI (2002) p. 156.

compétence décisionnelle puisse être déduite par l'interprétation des éléments encadrant la tâche en question¹²¹, pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas¹²² et que l'exercice du pouvoir décisionnel¹²³ soit indispensable à son exécution. Le principe de la sécurité du droit conduit cependant à rechercher une délégation distincte et explicite dudit pouvoir décisionnel, si l'analyse de la situation conclut à un résultat ambigu¹²⁴; l'analyse de la jurisprudence conduit plutôt à une interprétation restrictive des situations dans lesquelles une compétence décisionnelle d'une entité délégatrice pourrait être admise sans base légale explicite.

On l'a indiqué plus haut, les *tâches de moindre importance* – ce par quoi il faut entendre les tâches publiques mineures ou purement techniques – peuvent faire l'objet d'une clause de délégation législative en faveur du Conseil fédéral (art. 164, al. 2, Cst.)¹²⁵, qui pourra lui-même déléguer la tâche à des privés. Il en est notamment ainsi, s'agissant du renvoi à des normes techniques, même lorsqu'elles ont un caractère dynamique :

On peut donner ici l'exemple du renvoi aux normes techniques élaborées par une association désignée par le Conseil fédéral. L'article 15, alinéa 3 *in fine* de la loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées¹²⁶ précise que « le Conseil fédéral peut déclarer obligatoires des normes techniques ou d'autres règles établies par des organisations privées ». Le Conseil fédéral a fait usage de cette possibilité à l'article 8 de l'ordon-

121 ATF 137/2011 II 409, *Fondation ALPDS de Technique Dentaire*, c. 6.2 et 6.3 et ATF 138/2012 II 134, *Cremo SA Fribourg*, c. 5.1.

122 ATF 129/2003 II 331, *Genossenschaft Flugplatz Oberengadin (GFO)*, c. 2.3.1; arrêt TF 2C_715/2008 précité, *SR Technics Switzerland AG*, c. 3.2.

123 BIAGGINI (2002) p. 156.

124 ATF 137/2011 II 409, *Fondation ALPDS de Technique Dentaire*, c. 6.2, qui dénie le droit pour une fondation privée vouée à la formation professionnelle, de prélever les cotisations de ses membres par la voie d'une décision, en l'absence d'une disposition expresse à cet égard à l'époque des faits, et *nonobstant* le fait que le Conseil fédéral avait rendu obligatoire la nécessité pour les membres de la branche de participer au Fonds national instauré par la fondation en application de l'art. 60, al. 3, LFPr.

125 ATF 137/2011 II 409, *Fondation ALPDS de Technique Dentaire*, c. 6.3; ATF 130/2004 I 26, *Verband Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte, Sektion Zürich*, c. 5.1; BO 1998 CN 148 s.; BIAGGINI (2014) Art. 178 Cst. N° 33.

126 Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002 (LHand – RS 151.3).

nance sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées¹²⁷, qui renvoie à la norme SIA 500¹²⁸.

La *délégation législative* est pour sa part soumise à des exigences strictes lorsque elle porte sur des tâches relevant de la puissance publique, ou lorsque sont en jeu les droits et obligations des administrés (art. 164, al. 1, let. C, Cst.). Dans une telle hypothèse, la clause de délégation doit être suffisamment précise, de manière à circonscrire les lignes fondamentales de la réglementation déléguée, soit le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués au Conseil fédéral¹²⁹. Cela est spécialement le cas en matière fiscale où le principe de légalité revêt une importance particulière (voir l'art. 127, al. 1, Cst.)¹³⁰.

Une question qui se pose est notamment celle de savoir jusqu'où il est possible de déléguer la compétence de fixer des taxes causales à des privés (on pense ici à la fixation des émoluments sollicités dans l'exécution de tâches de police déléguée)? Cette question est pour l'heure restée ouverte. A notre sens, dans la mesure où une disposition constitutionnelle admet que des taxes causales peuvent être déduites implicitement de l'exécution de la tâche (par exemple en matière environnementale, sur la base de l'art. 74 Cst.), rien n'exclut que le législateur délègue la compétence de fixer le montant de l'émolument, qui devrait cependant être soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance. Il conviendrait par ailleurs que le texte de la loi soit explicite quant à cette délégation; tel n'est pas le cas de l'article 43 LPE, concernant la délégation de compétences à des privés dans les tâches d'exécution en matière de protection de l'environnement.

2. *Le transfert de tâches auxiliaires*

Des situations qui précèdent, qui ont trait à la délégation proprement dite (*administrative Beleihung, Auslagerung*), il faut distinguer le fait

¹²⁷ Ordonnance sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 19 novembre 2003 (OHand – RS 151.31).

¹²⁸ Sur cette question, voir également HETTICH (2014) N° 655 ss.

¹²⁹ BIAGGINI (2014) Art. 178 Cst., N° 33; ATF 131/2005 II 13, *Swisscom Fixnet AG*, c. 6.4.4; ATF 130/2004 I 26, *Verband Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte, Sektion Zürich*, c. 5.1; ATF 128/2002 I 113, *Verein des Bündner Staatspersonals und Mitb.*, c. 3c.

¹³⁰ Pour un rappel des conditions strictes, voir ATF 135/2009 I 130, *HCC La Chaux-de-Fonds SA et Neuchâtel Xamax SA*, c. 7.2; ATF 131/2005 II 271, *Sonderabfallverwertungs-AG, SOVAG*, c. 6.1.

pour l'administration de confier à des tiers privés (par contrats de droit privé ou de droit public ou par voie de décision¹³¹) l'exécution de tâches auxiliaires, pour lesquelles les exigences quant au principe de légalité de la délégation sont plus faibles; on peut alors en général se contenter d'une base légale matérielle.

Nous avons déjà défini ce que nous entendons par tâches auxiliaires plus haut, en excluant de notre perspective les tâches relevant de la « *Bedarfsverwaltung* », qui ne relèvent en principe pas de la délégation d'une tâche et ne nécessitent en principe pas de base légale. Force est cependant de constater que, même dans le contexte de ces activités, le respect des droits fondamentaux peut poser problème et justifier une base légale formelle¹³². On en donne un exemple:

L'outsourcing de la sécurité du parc informatique de l'administration, en tant qu'il s'agit d'une pure tâche auxiliaire (*Bedarfsverwaltung*), ne nécessite pas de base légale; l'exécution d'une telle tâche pourra tout au plus se limiter à certaines conditions de confidentialité explicitées dans le contrat. Ces conditions ne seront toutefois plus suffisantes si cette externalisation impliquait aussi de traiter des données personnelles de tiers, situation qui justifierait alors une base légale formelle, en raison de la potentialité d'atteinte aux tiers¹³³, mais aussi eu égard à la surveillance que l'administration doit exercer sur une telle tâche, dont elle continue à être responsable.

S'agissant des tâches auxiliaires au sens où nous l'entendons dans la présente contribution¹³⁴, à savoir celles qui participent à l'exécution de la tâche, la question délicate sera toujours celle de savoir quand une base légale formelle est nécessaire par opposition à une simple base légale matérielle; l'absence de toute base légale ne nous paraît en revanche pas envisageable¹³⁵.

¹³¹ Voir les exemples cités par JAAG (2011) p. 551.

¹³² BIAGGINI (2002) p. 157 s.; HÄNER (2015) N° 28.41.

¹³³ HÄNER (2015) N° 28.41.

¹³⁴ Cf. *supra* II, B, 3.

¹³⁵ Voir à ce propos un arrêt du Tribunal administratif fédéral (A-6258/2010 du 14 février 2011, X. *et* Y., c. 3.3.2 et 3.3.3), qui admet la délégation d'une tâche auxiliaire, en l'absence de toute base légale, pour autant que l'entité délégataire ne participe pas au processus de décision. *Contra*, VOISARD (2014) p. 183, qui, selon nous, à juste titre, retient qu'une base légale, au moins matérielle, est nécessaire pour toute délégation; les activités visées ici sont notamment celles de contrôle et de surveillance, pour lesquelles le recours à des spécialistes est fréquent.

Nous avons vu que cette question dépend de l'ampleur de la tâche déléguée et de l'autonomie laissée à l'auxiliaire. Autrefois, la limite entre les « tâches de l'administration » et les tâches auxiliaires correspondait à l'exercice ou non des attributs de la puissance publique¹³⁶. Désormais, il n'existe plus de critère caractérisé différenciant les tâches de l'Etat de celles dites « auxiliaires » ; selon l'ampleur ou la nature de l'activité confiée, la même fonction pourra donc recevoir une qualification différente.

On peut évoquer cependant quelques critères de délimitation :

- La question des effets externes sur les tiers (à savoir non seulement la possibilité de rendre des décisions, mais aussi des actes desquels pourraient découler des atteintes potentielles aux droits fondamentaux) est essentielle pour déterminer la nécessité d'une base légale formelle¹³⁷. D'une manière générale, on considère que les attributs de la puissance publique liés à une tâche étatique, tels que le pouvoir de rendre des décisions, ne font pas partie des tâches auxiliaires. *A contrario*, la jurisprudence et la doctrine paraissent considérer que l'on peut se contenter d'une base légale matérielle lorsque l'activité n'implique pas la délégation d'attributs de la puissance publique¹³⁸ ; certains textes font explicitement appel à cette notion¹³⁹. Dans les tâches judiciaires ou d'enquête administrative, une base légale formelle sera requise si l'expert est investi d'un pouvoir de décision¹⁴⁰ ; ainsi, l'expert mandaté pour une enquête

¹³⁶ L'art. 9 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 (OLOGA – RS 172.010.1), qui utilisait ce critère, a été abrogé suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution en 1999 (RO 1999 2556 ; abrogé par la révision du 21 août 2002 [RO 2002 2827]).

¹³⁷ On notera que, si une base légale formelle n'est en principe pas nécessaire pour confier à un tiers privé l'exécution d'une tâche auxiliaire, cela n'exclut pas que ce domaine des activités de l'Etat soit de plus en plus réglementé par la suite ; il en va ainsi notamment du cadre législatif permettant d'engager le personnel de l'Etat. On relèvera par ailleurs que l'acquisition de biens et de services peut aussi, selon les montants en jeu, être soumise aux règles sur les marchés publics.

¹³⁸ ATF 138/2012 I 196, *Conseil d'Etat de la République et canton de Genève*, c. 4.4.3 ; VOISARD (2014) p. 182 et les références citées.

¹³⁹ Ainsi, l'art. 17 de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure du 11 août 1999 (Ordonnance 1 sur l'asile, OA 1 – RS 142.311), permet au Secrétariat d'Etat aux migrations de confier à des tiers les tâches qui ne relèvent pas de la puissance publique, en vue d'assurer le fonctionnement de sites délocalisés.

¹⁴⁰ VOISARD (2014) p. 182 ss.

disciplinaire, qui peut avoir accès à tous les documents et procéder aux mesures d'instruction nécessaires, mais ne peut prendre des décisions sur les droits et obligations des personnes concernées, faute d'une base légale formelle¹⁴¹, revêt la qualité d'auxiliaire.

- Un critère plus difficile à cerner a trait à l'ampleur et aux caractéristiques de la tâche elle-même¹⁴²: ainsi, en matière d'évacuation des déchets urbains, tâche qui incombe aux cantons mais qui peut être déléguée à des tiers privés¹⁴³, le fait que le contrat porte uniquement sur le ramassage et le transport des déchets – la collectivité publique restant responsable de l'ensemble de la tâche¹⁴⁴ – a amené le Tribunal fédéral à considérer que l'on se trouvait en présence d'une tâche auxiliaire. Le fait que l'entreprise dispose d'une faible marge de manœuvre quant à l'exécution de sa tâche a également été décisif¹⁴⁵. Le présent exemple concerne une tâche à caractère économique, puisqu'elle est liée à un monopole du canton (art. 31*b*, al. 1 *in fine*, LPE); on retrouve cependant la même problématique pour les tâches ministérielles telles que celles de la police¹⁴⁶ ou liées à la santé publique¹⁴⁷.

¹⁴¹ Pour un exposé de la problématique, voir l'avis de droit de l'Office fédéral de la Justice du 19 décembre 2002, publié dans JAAC 67/2003 n° 100, chapitres C ch. 2, 3, 10, 11, 13 et 2.

¹⁴² RUTSCHE (2013) p. 153.

¹⁴³ Voir les art. 31*b*, al. 1 et 43 de la LPE.

¹⁴⁴ On notera encore que cette tâche comprend également l'évacuation des déchets dans un site approprié.

¹⁴⁵ ATF 134/2008 II 297, *Abfallbewirtschaftungsverband Oberengadin-Bergell*, c. 3.2 et 3.3. Voir également sur cette question l'avis de droit du 21 juin 2007 rendu par le Département fédéral de justice et police sur la subdélégation en matière d'assurance-maladie, JAAC 71/2007 n° 20, ch. 1.2.2.

¹⁴⁶ Le recours à des agents de sécurité privés pour assister un policier lors d'activités opérationnelles constitue une activité administrative auxiliaire, par opposition à la compétence pour des policiers privés de prononcer des amendes d'ordre sur le domaine public, qui relève de la délégation.

¹⁴⁷ La gestion du registre des comptes créanciers, qui équivaut à une décision sur l'admission d'un fournisseur de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire de soins, vaut décision préalable de constatation, selon le Tribunal fédéral des assurances (ATF 132/2006 V 303, X. *GmbH*); il en résulte que cette délégation nécessite une base légale formelle expresse habilitant cette entité privée à rendre des décisions, condition que le DFJP a considérée comme non remplie par une base de délégation générale (voir l'avis de droit du DFJP, JAAC 71/2007 n° 20, p. 352 ss); en revanche, le fait de confier à une entité privée le dépouillement de formulaires ou questionnaires relève de l'activité auxiliaire.

3. *La sous-délégation*

La sous-délégation d'une activité étatique par le délégataire est possible, moyennant une base légale formelle¹⁴⁸. La limite imposée par l'article 178, alinéa 3, Cst. ne s'épuise en effet pas lors de la délégation initiale; de ce fait, le délégataire n'est pas libre de faire traiter tel ou tel aspect de la tâche par un tiers, sauf si l'on se trouve en présence d'une tâche auxiliaire.

La subdélégation par les caisses-maladie à Santésuisse (assurance faîtière en matière d'assurance-maladie) de la possibilité de gérer le registre des comptes créanciers (RCC), à savoir d'établir la liste des fournisseurs de prestations habilités à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire des soins, constitue une tâche relevant de la puissance publique; sa délégation nécessite dès lors une base légale formelle selon le Département fédéral de justice et police¹⁴⁹.

B. *Les caractéristiques*

1. *L'exécution des tâches à son propre nom*

En principe, la délégation de tâches à caractère non économique implique le transfert de prérogatives de la puissance publique plus ou moins étendues, à une personne physique ou morale, qui devra exercer ces tâches pour le compte de l'Etat, mais en son propre nom.

Cela est vrai pour le délégataire, mais pas pour l'auxiliaire qui, lui, est assimilé à un agent de l'Etat et exécute sa tâche au nom de celui-ci¹⁵⁰.

2. *La rémunération*

Le délégataire a l'obligation d'exécuter la tâche et de s'en donner les moyens nécessaires. La rémunération d'une tâche à caractère non économique doit être assurée par la collectivité – dans sa plus grande partie tout au moins –, dès lors qu'il s'agit d'une tâche que l'Etat entend poursuivre par l'intermédiaire d'une entité privée. Cette rémunération

¹⁴⁸ ATF 134/2008 II 297, *Abfallbewirtschaftungsverband Oberengadin-Bergell*, c. 3.1; ATF 123/1997 II 359, *Contex AG*, c. 5a, en matière de gestion des déchets. Voir également l'avis de droit précité (JAAC 71/2007 n° 20, p. 352 ss).

¹⁴⁹ JAAC 71/2007 n° 20, ch. 1.2.4.1.

¹⁵⁰ ATF 130/2004 IV 27, X. c. B. C. et D, c. 2.3.3, relatif à un médecin mandaté pour accompagner un détenu refoulé.

est le plus souvent assurée sous la forme de subventions ou de taxes¹⁵¹. Lorsque l'entité est autorisée à prélever une taxe, une base légale formelle doit cependant le prévoir, à tout le moins sous la forme d'une délégation législative en faveur de l'exécutif¹⁵². La rémunération de la tâche peut également consister dans le versement de cotisations obligatoires à une organisation, lorsque la tâche déléguée était initialement laissée à l'initiative privée¹⁵³.

3. *La nature juridique des relations avec les tiers*

Les relations juridiques avec les tiers relèvent en principe du droit public. Il s'agit en effet, pour le délégataire, de se substituer à l'Etat dans l'exécution de sa tâche et de respecter les droits fondamentaux découlant de l'article 35, alinéa 2, Cst.¹⁵⁴, mais aussi de rendre, le cas échéant, des décisions qui pourront être sujettes à recours.

Alors qu'en matière d'activités économiques, on peut rencontrer des situations où la loi renvoie au droit privé, s'agissant des rapports avec les administrés¹⁵⁵, cette situation est difficilement imaginable pour ce qui concerne les activités ministérielles.

¹⁵¹ Dans le domaine de la surveillance, voir VOISARD (2014) p. 441 ss, p. 445 ; cet auteur cite notamment le cas des experts habilités à rendre des décisions, qui voient leur rémunération assurée par des honoraires (selon un tarif déterminé) ou des émoluments.

¹⁵² Ainsi, l'art. 180 de la loi fédérale sur l'agriculture du 29 avril 1988 (LAgr – RS 910.1), qui a la teneur suivante: « la Confédération et les cantons peuvent associer des entreprises ou des organisations à l'exécution de la loi ou créer des organisations appropriées à cet effet (al. 1); la coopération de ces entreprises et de ces organisations est surveillée par les pouvoirs publics. L'autorité compétente doit définir leurs tâches et leurs attributions. Leur gestion et leurs comptes sont soumis à cette autorité. Le contrôle parlementaire de la Confédération et des cantons est réservé (al. 2); le Conseil fédéral et les cantons peuvent autoriser ces entreprises et ces organisations à percevoir des émoluments appropriés afin de couvrir les frais de leur activité. Le tarif de ces émoluments doit être approuvé par le département (al. 3) ».

¹⁵³ Voir à cet égard l'arrêt TF 2C_58/2009 du 4 février 2010, X. AG; les cotisations doivent alors être investies dans l'exécution de la tâche (ainsi, l'art. 60, al. 4, LFPr en matière de cotisations liées aux mesures de formation professionnelle, qui doivent bénéficier à toutes les entreprises).

¹⁵⁴ Sur cette question, voir la contribution de MARTENET, dans le présent ouvrage.

¹⁵⁵ Ainsi, l'art. 56, al. 1 de la loi sur le transport de voyageurs du 20 mars 2009 (LTV – RS 745.1) renvoie à la juridiction civile les conflits d'ordre pécuniaire entre le client et l'entreprise, par opposition aux autres litiges qui relèvent du droit public (art. 56, al. 2, LTV).

On peut rencontrer des situations particulières, telle l'activité notariale. La jurisprudence a en effet précisé qu'il convient de distinguer deux régimes, dans les relations du notaire avec ses clients : celui lié à l'accomplissement des fonctions ministérielles, qui relèvent du droit public et échappent au champ d'application des règles sur le contrat de mandat¹⁵⁶, et celui lié aux autres opérations qui relèvent du droit privé.

Peuvent, au surplus, s'ajouter des dispositions de droit privé ne modifiant pas la nature de la tâche, lorsqu'elles ont un caractère accessoire par rapport aux obligations générales à remplir (ces dernières relevant du droit public).

Les règlements des organismes d'autorégulation en matière de surveillance des marchés financiers prévoient des sanctions de droit privé, dans les règlements qui les lient aux intermédiaires financiers qu'ils sont chargés de surveiller ; *nonobstant* ce point, ils demeurent clairement délégataires d'une tâche publique, en se voyant imposer des obligations de diligence, des mesures organisationnelles, ainsi que des compétences en matière de blocage des valeurs patrimoniales, en cas de soupçon de blanchiment d'argent¹⁵⁷.

En outre, il est bien entendu que le délégataire conserve la possibilité de s'engager en faveur de tiers, selon le régime du droit privé, s'agissant d'activités supplémentaires exercées en sus de la tâche déléguée¹⁵⁸.

4. *La délimitation de la mission*

La délimitation de la mission constitue en principe une caractéristique de la délégation d'une tâche publique, du moins dans le scénario classique où l'activité est confiée par la collectivité publique au délégataire ; elle découle des principes de l'intérêt public et de la spécialité. Cette mission peut être définie par la loi et concrétisée dans le contrat ou dans la décision comportant l'acte de délégation.

¹⁵⁶ ATF 127/2001 III 248, *M. c. X. SA et Y.*, c. 1b ; ATF 126/2000 III 370, *N. c. D.*, c. 7a. La responsabilité du notaire pour une éventuelle mauvaise exécution de ses tâches officielles ne relève donc pas du droit des contrats, même si les tribunaux civils ordinaires sont compétents pour traiter d'éventuels litiges.

¹⁵⁷ Art. 3 à 12 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (LBA – RS 955.0). Voir également sur ce point arrêt TF 2C_887/2010 du 28 avril 2011, *Association Romande des Intermédiaires Financiers*, c. 6.1.

¹⁵⁸ Voir par exemple à cet égard l'art. 12, al. 2 d, LAMal.

Il est vrai que, lorsqu'une activité privée est élevée au rang de tâche de l'Etat, la notion de « mission » devient plus floue (tel est le cas par exemple lorsque le Conseil fédéral décide de rendre obligatoire l'affiliation à un fonds de cotisation pour la formation professionnelle); cette mission résulte alors exclusivement des buts de la loi.

5. *Autres conditions*

D'autres conditions peuvent accompagner l'acte de délégation, témoignant de la nécessité plus ou moins importante, pour la collectivité publique, de marquer son contrôle sur l'entité délégataire. Ainsi, les mécanismes d'habilitation relatifs aux compétences directoriales, ou les garanties diverses que doivent présenter les organismes d'autorégulation des marchés financiers¹⁵⁹.

Des exigences relatives à l'évaluation des prestations peuvent aussi accompagner la délégation; celles-ci inviteront la collectivité publique à exercer un contrôle sur la bonne exécution de la tâche.

IV. Surveillance et responsabilité

A. Surveillance

1. *La garantie de surveillance de l'Etat et ses modalités organisationnelles*

La surveillance exercée par l'administration est la contrepartie de la délégation d'activités étatiques à des privés (art. 187, al. 1, lit. a, Cst.). Nous avons vu que la collectivité publique restait responsable de l'exécution de la tâche; il s'agit donc de s'assurer que celle-ci est effectivement menée à bien¹⁶⁰. La garantie de prestation liée à la tâche se transforme alors en une garantie de surveillance de la part de la collectivité publique.

La nature de cette surveillance variera cependant en fonction du statut juridique de l'entité délégataire (art. 24, al. 3, OLOGA); la surveillance d'une association privée est ainsi plus délicate que celle d'une société

¹⁵⁹ Voir l'art. 24 LBA.

¹⁶⁰ POLTIER (2008) p. 73.

d'économie mixte, auprès de laquelle l'Etat peut exercer un certain contrôle par l'actionnariat ou par sa participation au conseil d'administration de cette société. Il s'agit en effet de laisser l'autonomie nécessaire à l'entité délégataire, tout en garantissant l'exécution de la tâche.

La nature et les moyens de surveillance doivent être prévus dans une base légale formelle¹⁶¹. A défaut de règles expresses, seule une surveillance minimale subsiste; celle-ci consiste en un pouvoir d'observation, comprenant la compétence pour l'administration d'édicter des recommandations¹⁶². Il est assurément toujours possible pour l'autorité de surveillance de demander des renseignements et de procéder à des contrôles.

Les règles liées à la surveillance tendent d'ailleurs à se singulariser au point de générer diverses lois spéciales: ainsi, la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007¹⁶³, ou la toute récente loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale du 26 septembre 2014¹⁶⁴, dont l'entrée en vigueur est prévue au 1^{er} janvier 2016.

Les mêmes règles s'appliquent en cas de sous-délégation à un tiers privé; dans le contexte de l'assurance-maladie, un problème a été évoqué en relation avec la sous-délégation d'une tâche de l'administration, au sens où l'entend l'article 178, alinéa 3, Cst., à Santésuisse (assurance faîtière), et à la problématique que cette délégation pose du point de vue de la surveillance, à défaut de base légale légitimant l'autorité de surveillance de prendre des mesures répressives à l'endroit du sous-délégataire¹⁶⁵. Depuis lors, l'article 6 de la nouvelle LSAMal résout cette question en précisant les tâches ne pouvant être sous-déleguées (al. 2) et en indiquant que l'assureur qui entend déléguer doit garantir que la surveillance des activités puisse être exercée, sans restriction (al. 3).

Le modèle de surveillance classique suppose que l'autorité compétente pour déléguer la tâche en assure le contrôle. Dans certaines situations,

¹⁶¹ Cf. *infra* IV, A, 2.

¹⁶² Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 10 novembre 1989, publié in JAAC 54/1990 n° 36, ch. III 1 c et d.

¹⁶³ Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA – RS 956.1.

¹⁶⁴ Loi sur la surveillance de l'assurance-maladie, LSAMal – RS 832.12.

¹⁶⁵ Avis de droit du DFJP publié in JAAC 71/2007 n° 20, ch. 2.3.1.

plus rares, ce contrôle peut toutefois faire lui-même l'objet d'une délégation¹⁶⁶.

Quant aux activités *administratives auxiliaires*, elles peuvent s'exercer tant sur mandat de l'administration que sur mandat d'un délégataire d'une tâche privée¹⁶⁷. On rappelle que ces auxiliaires remplissent le plus souvent des tâches spécifiques, qui nécessitent généralement des compétences de spécialistes (experts, médecins, interprètes, etc.); c'est précisément ce qui rend un contrôle qualitatif difficile¹⁶⁸, alors que ces actes peuvent très lourdement engager la responsabilité de l'Etat¹⁶⁹. Il en résulte qu'un tel contrôle est rarement prévu. Il nous paraît que cette question devrait être mieux gérée au niveau de la loi et qu'à l'instar de la solution prévue par l'article 6, alinéa 3, de la nouvelle LSAMal, pour la sous-délégation dans le contexte de l'assurance-maladie (qui n'a trait généralement qu'à une partie de la tâche déléguée, et trouve ainsi des similitudes avec l'activité d'un auxiliaire), il conviendrait, de s'assurer que l'administration ou l'entité délégataire, qui entend recourir à la collaboration d'un tiers auxiliaire, soit en mesure de garantir une surveillance de ces activités de manière préventive, comme répressive.

¹⁶⁶ Voir à cet égard l'art. 58 de la loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC – RS 784.10), qui prévoit que l'office peut déléguer certaines tâches de surveillance à des organisations de droit privé et collaborer avec celles-ci.

¹⁶⁷ Par exemple, en matière d'aide aux victimes d'infractions, la loi vaudoise d'application de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 23 mars 2007 (LVLAVI – RS/VD 312.41) prévoit que les attributions du centre de consultation peuvent être déléguées à des organismes privés (art. 3) et que ceux-ci peuvent confier des tâches à des auxiliaires (médecins, psychologues, juristes, foyers d'hébergements) (art. 10).

¹⁶⁸ Ainsi, les Offices de l'assurance-invalidité qui mandatent des experts privés pour déterminer la nature de l'atteinte ont suscité une polémique il y a quelques années, eu égard au nombre de mandats attribués à certains experts et à la faible qualité découlant de ces expertises. Cette situation a conduit – sur proposition de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), en sa qualité d'autorité de surveillance –, à une révision du Règlement fédéral sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI – RS 831.201), limitant désormais à 50 par an le nombre de mandats attribués à chaque expert.

¹⁶⁹ Voir ATF 130/2004 IV 27, X. c. B. C. et D., c. 2.3.3, relatif aux actes d'un médecin qui était chargé de veiller au transfert d'un détenu, lors de son refoulement, et qui a engagé la responsabilité de l'Etat, en raison de ses négligences ayant causé la mort de la personne.

2. *Les moyens*

Les instruments de la surveillance sont extrêmement variables et dépendent de l'activité concernée. Lorsque le délégataire est habilité à rendre des décisions, une partie de ce contrôle peut notamment s'exercer par les voies judiciaires.

Le contrôle de l'autorité de surveillance porte non seulement sur l'exécution correcte de la tâche (respect des objectifs fixés et de la tâche, respect des droits fondamentaux¹⁷⁰), mais également sur l'efficacité de celle-ci (gestion rationnelle des fonds alloués, etc). Il peut revêtir un caractère aussi bien préventif (présentation de rapports et de comptes-rendus, contrôle des comptes et des règlements, voire des investissements), que répressif (avertissement, révocation ou modification des décisions prises par le délégataire, révocation des organes, retrait des subventions accordées¹⁷¹, droit de se substituer au délégataire dans les mesures à prendre etc).

Selon des avis de droit de l'Office fédéral de la Justice, les interventions à caractère répressif ne seraient possibles que moyennant une base légale expresse, laquelle réside généralement dans la législation spéciale fondant la délégation¹⁷². Le fondement de cette exigence réside dans le fait que de tels actes de surveillance influent sur l'autonomie d'exécution de l'entité délégataire. L'article 24, alinéa 3, OLOGA rappelle d'ailleurs que la surveillance est régie par la législation spéciale et dépend du degré d'autonomie de l'organe considéré. Si cet avis est suivi par une majorité de la doctrine¹⁷³, d'autres auteurs paraissent admettre que les moyens de surveillance sont ceux qui découlent de la loi ou du contrat, pour autant qu'ils permettent d'assurer l'exécution de la tâche¹⁷⁴.

¹⁷⁰ ATF 133/2007 I 49, X. c. *Fareas*, c. 3.2.

¹⁷¹ Art. 38 de la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation du 14 décembre 2012 (LERI – RS 420.1).

¹⁷² Avis de droit du Département fédéral de la justice publiés in JAAC 54/1990 n° 36, ch. III 1 c et d et JAAC 71/2007 n° 20, ch. 2.1.

¹⁷³ Voir les références citées in JAAC 71/2007 n° 20, ch. 2.1, note 41.

¹⁷⁴ GROSS (2002) p. 132.

B. Responsabilité

La délégation d'une tâche étatique à des privés engendre deux niveaux de responsabilité, celui du délégataire et celui de l'autorité, qui doit assurer la surveillance de l'activité déléguée.

S'agissant de la responsabilité du délégataire à l'égard des tiers, elle peut être différente en droit fédéral et en droit cantonal. Selon l'article 19 de la loi fédérale sur la responsabilité¹⁷⁵, l'entité privée répond au premier plan de l'exécution d'une tâche publique, la Confédération n'assumant qu'une responsabilité subsidiaire, lorsque le délégataire n'est pas en mesure de réparer le préjudice causé¹⁷⁶.

En droit cantonal, la responsabilité concernant l'exécution d'une tâche non économique de l'Etat s'apprécie en principe au regard du régime de droit public¹⁷⁷. La responsabilité des fonctionnaires et employés publics cantonaux est en effet régie par les articles 41 ss CO, sauf si le canton, en vertu de l'article 61, alinéa 1, CO, a réglementé la question, ce qui est le cas, dans l'ensemble des cantons, par des législations générales sur la responsabilité. A l'inverse de la législation fédérale, de nombreux cantons admettent que la responsabilité de l'Etat est engagée à titre principal, à raison des actes du délégataire d'une tâche publique, au même titre que pour les actes des autres agents de l'Etat. Des régimes de responsabilité spéciaux peuvent toutefois être réservés¹⁷⁸, ce qui est plus fréquent dans le contexte de la délégation d'une tâche économique que dans celle d'une tâche ministérielle (mais on a vu la cas particulier des notaires)¹⁷⁹.

La responsabilité de la collectivité publique, en sa qualité d'autorité de surveillance dans le contexte de la délégation, relève, pour sa part, de la responsabilité générale de l'Etat et de ses agents.

¹⁷⁵ Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958 (LRCF – RS 170.32).

¹⁷⁶ Art. 19, al. 1, let. a, LRCF.

¹⁷⁷ Art. 61, al. 1, CO.

¹⁷⁸ Pour un exemple concernant le choix du régime de responsabilité applicable aux cliniques privées, voir la contribution de JOSEPH dans le présent ouvrage.

¹⁷⁹ Cf. *supra* III, B, 3.

V. Remarques conclusives

Il n'existe pas de limite constitutionnelle à la délégation d'activités ministérielles. Ce sont essentiellement des limites conceptuelles qui subsistent quant aux tâches relevant du noyau des activités attribuées à l'Etat (*Kernaufgaben*), sans d'ailleurs que l'on puisse circonscrire clairement ce type d'activités.

La délégation des tâches de l'administration, au sens où l'entend l'article 178, alinéa 3, Cst., concerne avant tout les tâches de l'exécutif. Cette disposition autorise la délégation législative, uniquement dans la mesure nécessaire à ces activités. Même si la jurisprudence a évoqué la nécessité d'un fondement constitutionnel, pour une telle délégation, on n'en trouve aucun exemple, et le Tribunal fédéral paraît admettre que la loi suffise pour permettre une délégation législative à des privés¹⁸⁰.

S'agissant des activités judiciaires, elles autorisent tout au plus la délégation d'activités auxiliaires (experts, médiateurs).

La délégation de tâches non économiques concerne des activités extrêmement diverses, qui invitent à l'usage d'attributs de la puissance publique (lesquels n'impliquent pas toujours le pouvoir de rendre des décisions, mais peuvent se limiter à des actes matériels). La délégation de ces tâches n'est possible que moyennant une base légale formelle.

Il est parfois difficile de distinguer l'activité non économique (ou ministérielle) de l'activité économique, déléguée par voie de concession et liée à l'existence d'un monopole de l'Etat. Dans la grande majorité des cas, cette distinction repose cependant sur les attributs de la puissance publique dont se voit doté le délégataire, dans une tâche à caractère non économique. Le but de ces tâches n'est pas d'offrir des prestations sur un marché ouvert à la concurrence, mais d'accomplir une tâche de police, de prestation (par exemple en matière d'assurances sociales, de l'enseignement supérieur, de certifications diverses) ou parfois de gestion (dans le domaine de l'asile, de la surveillance, notamment), qui impliquent toutes l'exercice de prérogatives relevant de la puissance publique.

La délégation de tâches de l'Etat se distingue de celles de tâches auxiliaires par le fait que le fondement légal est nettement moins strict pour

¹⁸⁰ Cf. *supra* II, A, 1, b.

ces dernières; il en va de même de la surveillance qui n'est requise que pour l'ensemble de la tâche et non pour les activités auxiliaires, en principe. Cela étant, lorsque le recours aux moyens auxiliaires pose problème, l'autorité de surveillance doit être en mesure de procéder à un contrôle et de prendre, le cas échéant, les dispositions adéquates; dans les domaines où les auxiliaires sont des aides à la décision, cette question peut être sensible¹⁸¹.

¹⁸¹ Cf. *supra* IV, A, 1.

Bibliographie

- BAER SUSANNE (2012), « Verwaltungsaufgaben » in: HOFFMAN-RIEM/SCHMIDT-ASSAM/VOSSKULE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Methoden-Maßstäbe-Aufgaben-Organisation*, Band I, 2^e éd., Munich.
- BIAGGINI GIOVANNI (1998), « Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung », in: *Rapports suisses présentés au XV^{ème} Congrès international de droit comparé*, Zurich.
- BIAGGINI GIOVANNI (2002), « Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz », in: SCHAFFHAUSER/POLEDNA (éd.), *Auslagerung und Privatisierung von Staatlichen und Kommunalen Einheiten*, St-Gall, p. 143 ss.
- BIAGGINI GIOVANNI (2014), « Art. 178 » in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall.
- BOHNET FRANCOIS (2014), *Droit des professions judiciaires*, 3^e éd., Neuchâtel.
- BRUNNER URSULA (1998), « Art. 43 » in: *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Band V, Zurich.
- BURNET OLIVIER (1983), *L'exécution de tâches publiques par un organisme privé: l'exemple du marché du fromage*, Lausanne.
- DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.
- GAMMA MARCO (2001), *Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr*, Berne.
- GUERY MICHAEL (2006), « La privatisation de la sécurité et ses limites juridiques », *SJ* 2006 II p. 141.
- GROSS JOST (2002), « Aufsicht und Verantwortlichkeit », in: *Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen: Referate der Tagung vom 14. November 2001 in Luzern*, p. 125.

- HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX (2010), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich/St-Gall.
- HÄNER ISABELLE (2015), « Kapitel 28: Organisationsrecht (ausgewählte Fragen) », in: BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT (éd.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht: Expertenwissen für die Praxis*, Zurich.
- HAUSER MATTHIAS (2002), « Formen ausgelagerter Handlungseinheiten », in: *Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen: Referate der Tagung vom 14. November 2001 in Luzern*, p. 27.
- HETTICH PETER (2014), *Kooperative Risikovorsorge: regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken*, Zurich.
- JAAG TOBIAS (2000), « Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen », in: JAAG, *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Referate einer Tagung vom 29. September 1999*, Zurich.
- JAAG TOBIAS (2011), « Bedarfsverwaltung », in: SETHE/HEINEMANN/HILTY/NOBEL/ZÄCH (éd.), *Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Berne.
- KNAPP BLAISE (1983), « La relation de droit administratif et les tiers », in: AUBERT/BOIS (éd.), *Mélanges André Grisel: recueil de travaux offert à André Grisel*, Neuchâtel.
- MÄCHLER AUGUST (2005), *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege*, Zurich.
- MÄDER LUZIUS (2001), « Bundesrat und Bundesverwaltung », in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Zurich.
- MAHON PASCAL (2003), « Art. 164 », in: AUBERT/MAHON (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève.
- MAHON PASCAL (2003), « Art. 178 », in: AUBERT/MAHON (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève.

- MARTENET VINCENT (2013), « Art. 2 LCart », in: MARTENET/BOVET/TERCIER (éd.), *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle.
- MCGREGOR ELEANOR (2015), *L'arbitrage en droit public suisse: une comparaison avec la France, les Etats-Unis et l'arbitrage d'investissement*, Genève.
- MOOR PIERRE / POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif, vol. 2, Les actes administratifs et leur contrôle*, Berne.
- MÜLLER ANDREAS (2001), « Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben », *PJA* 1998 p. 65-83.
- MÜLLER MARKUS (2015), « Art. 178 Cst. », in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (éd.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Bâle.
- NGUYEN MINH SON (1998), *Le contrat de collaboration en droit administratif*, Berne.
- PIOTET DENIS (2014), « L'incroyable course d'obstacles de la Recommandation 614-0002 de la Commission fédérale de la Concurrence en matière de circulation des notaires et actes authentiques », *RNRF* 95/2014.
- POLTIER ETIENNE (2008), « La surveillance des entités décentralisées », in: *Surveillance et contrôles de l'administration*, Pratique du droit administratif, Zurich 2008, p. 73.
- POLTIER ETIENNE (2013), « Art. 2, al. 7, LMI », in: MARTENET/BOVET/TERCIER (éd.), *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle.
- RICHLI PAUL (2001), Staatsaufgaben: Grundlagen, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich.
- RÜTSCHÉ BERNHARD (2013), « Was sind öffentliche Aufgaben? », *recht* 2013 p. 153.
- SÄGESESSER THOMAS (2000), *Die Bundesbehörden – Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht. Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne.
- SÄGESESSER THOMAS (2007), *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz – Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997*, Berne.

- SCHNEIDER BENNO (2014), « art. 106 », in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall.
- SCHWIEZER RAINER J. (2014), « Art. 35 », in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall.
- TSCHANNEN PIERRE (1998), « Privatisierung – Ende der Verfügung? » in: *Rechtliche Probleme der Privatisierung: Tagung vom 15./16. Oktober 1997 an der Universität Bern: Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP 1997*, 209, Berne.
- TSCHANNEN PIERRE (2011), *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3^e éd., Berne.
- TSCHANNEN PIERRE (2014), « Art. 164 », in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall.
- TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne.
- VOISARD STÉPHANE (2014), *L'auxiliaire de la surveillance administrative – Du droit bancaire et financier au droit administratif général*, Genève/Zurich/Bâle.
- WALDMANN BERNHARDT (2011), « Die Konzession: eine Einführung », in: HÄNER/WALDMANN (éd.), *Die Konzession*, Zurich, Bâle, Genève, p. 1.
- WIEDERKEHR RENÉ / RICHLI PAUL (2012-2014), *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts: eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Berne.
- ZÜND ANDREAS / ERRASS CHRISTOPH (2012), « Privatisierung von Polizeiaufgaben », in: *Sicherheit et Recht 2012*, p. 162 ss.